

Tilburg University

De wet stellen

Eijlander, P.

Publication date:
1993

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Eijlander, P. (1993). *De wet stellen: Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving.* [, Tilburg University]. W.E.J. Tjeenk Willink.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Ph. Eijlander

De wet stellen



*Beschouwingen over
onderwerpen van wetgeving*

Schoordijk Instituut
Centrum voor wetgevingsvraagstukken



De wet stellen

De wet stellen

Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT BRABANT OP GEZAG VAN
DE RECTOR MAGNIFICUS, PROF. DR. L.F.W. DE KLERK,
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN TEN OVERSTAAN VAN EEN DOOR HET
COLLEGE VAN DEKANEN AANGEWZEN COMMISSIE IN DE AULA VAN
DE UNIVERSITEIT OP MAANDAG 7 JUNI 1993 OM 16.15 UUR.

DOOR

PHILIP EIJLANDER

GEBOREN TE HENGELLO (O.)

W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1993

Promotores: mr. E.M.H. Hirsch Ballin
prof.mr. D.W.P. Ruiter

g. 1. 194



Van dit proefschrift is een handelseditie verschenen
bij uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink te Zwolle onder ISBN 90 271 3737 4.

Woord vooraf

Voor u ligt een boek waarvan ook de schrijver vooraf niet heeft vermoed dat het er zo uit zou komen te zien als het er uiteindelijk uitziet. De wordingsgeschiedenis van dit proefschrift is bepaald grillig te noemen. Veranderingen in onderwerp, perioden waarin het feitelijke werk stil heeft gelegen en momenten waarop het aannemelijk leek dat het er zelfs in het geheel niet meer zou komen.

Het ligt er dan toch. Het eindelijke resultaat 'De wet stellen. Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving' vormt in zeker opzicht de afspiegeling van de ontwikkeling in het denken over wetgeving van de auteur. Het draagt in sterke mate de sporen van de verbanden waarin ik de afgelopen negen jaren heb gewerkt en nog werk: de Vakgroep recht van de faculteit bestuurskunde, Universiteit Twente, de Vakgroep staatsrecht, bestuursrecht en bestuurskunde van de faculteit der rechtsgeleerdheid, Katholieke Universiteit Brabant en de Stafafdeling Algemeen Wetgevingsbeleid van het Ministerie van Justitie. Werkervaringen en contacten met collega's zijn een belangrijke bron van inspiratie geweest.

Het schrijven van een proefschrift is een overwegend individuele activiteit. Toch is voor mij de steun van diverse mensen onmisbaar geweest. Ik noem mijn beide promotores. Dick Ruiter was een toegewijd promotor. Vanaf de aanvang is hij betrokken geweest en gebleven bij het onderzoek. Steeds toonde hij belangstelling voor nieuwe ontwikkelingen en gedachten en reageerde hij snel op mijn teksten. Ernst Hirsch Ballin heeft me door zijn rijke gedachtengoed en zijn enthousiasme in belangrijke mate geïnspireerd. Zelfs als Minister van Justitie verloor hij mijn proefschrift nimmer uit het oog. Voorts noem ik Jan van Kreveld. De dubbele samenwerking met hem ervaar ik als stimulerend en plezierig. Ik heb het zeer op prijs gesteld dat hij bereid was om mee te denken over de voltooiing van dit proefschrift.

In de afrondende fase heb ik van diverse mensen steun ontvangen. Ik noem in de eerste plaats Hans Peters. Zijn voortreffelijke bureauredactiewerk was voor mij van groot belang. Voorts hebben Greet van Merriënboer, Angelie de Bie, Theo Reinders en Wim Voermans mij geholpen met hun correctie- en zoekwerk en advies.

Om in studie en werk resultaat te bereiken zijn steun en begrip vanuit de thuissituatie onontbeerlijk. Mijn ouders bedank ik voor de steun en de stimulans die ze mij in de school- en studietijd hebben gegeven. Ineke en Anniek geven mij de rust en het vertrouwen die nodig zijn om in de dagelijkse drukte overeind te blijven.

Dit boek gaat over vraagstukken van wetgeving. Uiteraard valt over dat onderwerp nog meer te zeggen en te schrijven. Ik hoop maar dat de lezer zich concentreert op wat er staat en niet op wat er allemaal niet staat.

Met het stellen van de wet verander je de wereld niet, laat staan door het schrijven en publiceren van een proefschrift. Ik realiseer mij dat ten volle. Toch besluit ik dit woord vooraf met een boodschap. Moge dit boek bijdragen aan het slaan van bruggen tussen degenen die in praktijk en theorie betrokken zijn bij de wetgeving en stimuleren tot nadere gedachtenvorming.

Tilburg, maart 1993

Philip Eijlander

Beknopte inhoudsopgave

Uitgebreide inhoudsopgave	IX
HOOFDSTUK 1 Probleemstelling, verantwoording en plan van behandeling	1
Deel I Wetgeving in onderwijs en wetenschap	
HOOFDSTUK 2 Proces, methode en techniek van wetgeving <i>Elementen van wetgevingsonderwijs</i>	11
HOOFDSTUK 3 Besluitvorming en recht; rechtsnormen in de wetgeving	23
Deel II Wetgeving op orde?	
HOOFDSTUK 4 De regelgeving geordend? <i>Enkele kanttekeningen bij het eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken 'Orde in de regelgeving'</i>	37
HOOFDSTUK 5 Het primaat van de wetgever <i>Kabinetsstandpunt ten aanzien van 'Orde in de regelgeving'</i>	49
HOOFDSTUK 6 De verdeling van regelgevende bevoegdheden in Duitsland en Zwitserland	67
Deel III Wetgeving en beleid	
HOOFDSTUK 7 De parlementaire enquête bouwsubsidies <i>Beoordeling van overheidsbeleid en -bestuur vanuit verschillende invalshoeken</i>	131
	VII

HOOFDSTUK 8	
Wetgeving in de jaren negentig	
<i>Van deregulering naar algemeen wetgevingsbeleid</i>	155

Deel IV Wetgeving en samenleving

HOOFDSTUK 9	
Wetgeving en zelfregulering	175

HOOFDSTUK 10	
Wat Teubner ons leert	189

Deel V Wetgeving en politiek

HOOFDSTUK 11	
De politieke dimensie van wetgeving	199

Deel VI Wetgeving in stelling

HOOFDSTUK 12	
Afronding en conclusies	215

Zusammenfassung	239
-----------------	-----

Literatuurlijst	243
-----------------	-----

Trefwoordenregister	253
---------------------	-----

Verschenen uitgaven Centrum voor wetgevingsvraagstukken	257
---	-----

Uitgebreide inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1

Probleemstelling, verantwoording en plan van behandeling 1

1	Onderwerp en probleemstelling	1
2	Gevolgte werkwijze en verantwoording	4
3	Plan van behandeling	5

Deel I Wetgeving in onderwijs en wetenschap

HOOFDSTUK 2

Proces, methode en techniek van wetgeving

Elementen van wetgevingsonderwijs 11

1	Inleiding	11
2	Wetgevingsproces	12
3	Wetgevingsmethode	14
4	Wetgevingstechniek	18
5	Samenvatting en conclusies	21

HOOFDSTUK 3

Besluitvorming en recht; rechtsnormen in de wetgeving 23

1	Inleiding	23
2	Het rechtsnormconcept	24
2.1	<i>De opvattingen van Hart</i>	24
2.2	<i>De opvattingen van Kelsen</i>	25
2.3	<i>De opvattingen van Ross</i>	27
3	Conclusies: rechtsnormen in de wetgeving	30
3.1	<i>Terugblik</i>	30
3.2	<i>Wetten als stelsels van samenhangende rechtsnormen</i>	32

Deel II Wetgeving op orde?

HOOFDSTUK 4

De regelgeving geordend?

*Enkele kanttekeningen bij het eindrapport van de
Commissie Wetgevingsvraagstukken 'Orde in de regelgeving'* **37**

1	Inleiding	37
2	Materiële en formele aspecten van regelgeving	39
3	Het legaliteitsbeginsel	43
4	Slotopmerkingen	47

HOOFDSTUK 5

Het primaat van de wetgever

Kabinetstandpunt ten aanzien van 'Orde in de regelgeving' **49**

1	Inleiding	49
2	Onderscheiden soorten van regelgeving	50
2.1	<i>Algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels</i>	50
2.2	<i>Hardheidsclausules</i>	53
3	Delegatie van wetgeving	55
3.1	<i>Eigen opvatting</i>	57
3.2	<i>Betekenis van grondwettelijke bepalingen</i>	58
3.3	<i>Uitwerking: het primaat van de wetgever en financiële aanspraken</i>	60
4	Parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde wetgeving	62
5	Deregulering en het primaat van de wetgever	64
6	Hoe nu verder? Algemene aanwijzingen voor de wetgeving	64
7	Samenvatting	65

HOOFDSTUK 6

De verdeling van regelgevende bevoegdheden in Duitsland en Zwitserland

67

1	Inleiding	67
2	Het Duitse staatsbestel	68
3	Vormen van regelgeving in Duitsland	76

4	Het beginsel van de 'Gesetzmäßigkeit der Verwaltung'	83
4.1	Achtergronden van het 'Gesetzmäßigkeitsprinzip'	85
4.2	Grondwettelijke bepalingen	88
4.3	Jurisprudentie	89
4.4	Samenvatting en conclusie	101
5	De Zwitserse situatie	103
5.1	Kenmerken van het Zwitserse staatsbestel	103
5.2	Vormen van regelgeving/normstellingsniveau's	106
5.3	Het legaliteitsbeginsel in het Zwitserse recht	112
6	Samenvatting en conclusies van de rechtsvergelijking	117
6.1	Doel en methoden van de rechtsvergelijking	117
6.2	Conclusies van de rechtsvergelijking	121

Deel III Wetgeving en beleid

HOOFDSTUK 7

De parlementaire enquête bouwsubsidies

Beoordeling van overheidsbeleid en -bestuur

vanuit verschillende invalshoeken 131

1	Inleiding	131
2	Conclusies en aanbevelingen van de enquêtecommissie	132
3	Illustratie van verschil in beoordeling van het gevoerde beleid en bestuur	135
4	Juridische invalshoek: het beleidsconcept in het bestuursrecht	138
5	Politicologische invalshoek: het beleidsconcept in de politicologie	141
6	Achtergronden van verschillen tussen beleidsconcepten	144
7	Een beleidsinstrumentenleer	146
8	Rationaliteiten in overheidsbeleid: een onvermijdelijk en onoplosbaar spanningsveld?	149
9	Slotbeschouwing	152

HOOFDSTUK 8

Wetgeving in de jaren negentig

Van deregulering naar algemeen wetgevingsbeleid **155**

1	Inleiding	155
2	Het dereguleringsbeleid	156
2.1	<i>Ontwikkeling</i>	156
2.2	<i>Balans</i>	157
3	Het algemeen wetgevingsbeleid	160
3.1	<i>Inleiding</i>	160
3.2	<i>Inhoudelijke aspecten</i>	162
3.3	<i>Institutionele aspecten</i>	168
4	Slotopmerkingen	171

Deel IV Wetgeving en samenleving

HOOFDSTUK 9

Wetgeving en zelfregulering **175**

1	Inleiding	175
2	Problemen van wetgeving	176
3	Oorzaken en remedies: de bestuurswetenschappelijke optiek	178
4	Juridische eisen ten aanzien van het wetgevingsbeleid	180
5	Zelfregulering binnen een bestuurlijk en rechtsstatelijk verantwoord wetgevingsbeleid	181
6	Wettelijk gestructureerde en genormeerde zelfregulering: de Wet persoonsregistraties en het wetsvoorstel inzake medische experimenten	184
7	Samenvatting en conclusies	186

HOOFDSTUK 10

Wat Teubner ons leert **189**

1	Inleiding	189
2	Autopoïese als metafoor	189
3	Teubner en wetgevingsbeleid	190
4	<i>De wet bestaat niet</i>	193
5	Wetgeving: geen monopolie, maar samenspel	194

Deel V Wetgeving en politiek

HOOFDSTUK 11

De politieke dimensie van wetgeving		199
1	Inleiding	199
2	Politiek en bureaucratie	200
3	Is politieke besluitvorming rationeel?	201
4	Politiek en belangenafweging	203
5	De parlementaire behandeling van wetsvoorstellen	204
5.1	<i>Amendering door de Tweede Kamer</i>	205
5.2	<i>Voorstellen van de Commissie Deetman</i>	207
6	Evaluatie van wetgeving	208
7	Maatschappij, politiek en wetgevingsbeleid	211

Deel VI Wetgeving in stelling

HOOFDSTUK 12

Afronding en conclusies		215
1	Inleiding	215
2	Wetgeving in onderwijs en wetenschap	215
3	Wetgeving op orde?	220
4	Wetgeving en beleid	224
5	Wetgeving en samenleving	228
6	Wetgeving en politiek	234

Zusammenfassung 239Literatuurlijst 243Trefwoordenregister 253

Verschenen uitgaven Centrum voor wetgevingsvraagstukken 257

Probleemstelling, verantwoording en plan van behandeling

1 Onderwerp en probleemstelling

1. Het is inmiddels ruim vijftien jaar geleden dat C.H.F. Polak schreef over hulp voor de wetgever.¹ Kort daarna vroegen J.M. Polak en Scheltema zich af of verandering zou moeten worden gebracht in de wijze van voorbereiding en totstandkoming van wetgeving.² Weer iets later verscheen de bundel onder redactie van De Gaay Fortman over problemen van wetgeving.³ Sedert de publikatie van deze vroege, toonaangevende werken over onderwerpen van wetgeving heeft het denken en het schrijven over wetgeving een hoge vlucht genomen. Zowel in de theorie — in onderwijs en wetenschap — als in de praktijk is de aandacht voor vraagstukken van wetgeving aanzienlijk toegenomen. Indicaties voor deze ontwikkeling zijn: de toename van het aantal publikaties over wetgeving,⁴ de instelling en uitbreiding van cursussen en opleidingen op het gebied van de wetgeving⁵

1 C.H.F. Polak, Hulp voor de wetgever, *NJB* 1976, p. 909-913.

2 J.M. Polak en M. Scheltema, *Dient verandering te worden gebracht in de wijze van voorbereiding en totstandkoming van wetgeving?*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, Zwolle 1979.

3 W.F. de Gaay Fortman (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer 1982.

4 Ik noem zonder naar volledigheid te streven: E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht*, Alphen aan den Rijn 1982, J.A.M. van Angeren e.a. (red.), *Kracht van wet* (Van Eijkern-bundel), Zwolle 1984, I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, 's-Gravenhage 1984, P.J. Boon, *Wetgeving in Nederland*, Zwolle 1986, D.W.P. Ruiter, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Assen/Maastricht 1987, I.C. van der Vlies, *Handboek wetgeving*, Zwolle 1987 (tweede druk 1991), W.G. van der Velden, *De ontwikkeling van een wetgevingswetenschap*, Lelystad 1988, H.J. de Ru, *Prijst de wet zich uit de markt?*, Zwolle 1988, E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn 1989, H.A.M. Backx e.a., *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle 1990 en J.P. Balkenende, *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties*, Alphen aan den Rijn 1992.

5 Elke juridische faculteit in Nederland kent wel een afzonderlijk vak waarin aandacht wordt geschonken aan onderwerpen van wetgeving. Ook aan het front van het postacademische onderwijs gebeurt er het een en ander op dit terrein. Al sinds 1984 wordt twee maal per jaar de postacademische cursus Wetgevingsleer gegeven, aanvankelijk georganiseerd door het Rijks Opleidingsinstituut en tegenwoordig door de Stichting Postacademisch Onderwijs

en de aandacht voor onderwerpen van wetgeving in de praktijk van het openbaar bestuur.⁶

2. Zowel in de theorie als in de praktijk wordt wetgeving overwegend vanuit de juridische invalshoek benaderd. De overwegende inbreng van juristen bij vraagstukken van wetgeving is ook logisch. De wet is immers een voornaam bron van recht. Via wetgeving worden rechtsbetrekkingen — tussen burgers onderling, tussen overheid en burger of tussen organen van de overheid — genormeerd. Het is een goede ontwikkeling dat in de rechtswetenschap, naast de van oudsher dominante bestudering van de (methoden van) rechtsvinding, de aandacht voor de (methoden van) rechtsvorming is toegenomen.

3. Maar ook buiten de kring van beoefenaars van de juridische discipline is er meer belangstelling voor het fenomeen wetgeving ontstaan. Dit blijkt uit publikaties over wetgeving en wetgevingsprocessen uit sociaal-wetenschappelijke hoek (van bestuurskundigen, beleidswetenschappers, politicologen).⁷ Dat ligt ook voor de hand. De wet is in de praktijk een wezenlijke

Bedrijfs- en bestuurswetenschappen. Het Interuniversitair Instituut voor Wetgevingsonderwijs biedt sinds 1989 de postdoctorale opleiding Wetgevingsjurist aan.

- 6 Dit blijkt onder meer uit de volgende adviezen, rapporten, nota's en kabinetsstandpunten: de rapporten van de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen (Commissie Geelhoed), het Tussenbericht (*Kamerstukken II* 1982-1983, 17 931, nr. 3) en het Eindbericht (*Kamerstukken II* 1983-1984, 17 931, nr. 9), het kabinetsstandpunt over de Versterking van de wetgevingsfunctie (*Kamerstukken II* 1985-1986, 19 621, nrs. 1 en 2), het advies van de Commissie wetgevingsvraagstukken (Commissie Polak), *Orde in de regelgeving* uit 1985 en het kabinetsstandpunt ter zake (*Kamerstukken II* 1986-1987, 20 038, nrs. 1 en 2), de nota *Zicht op wetgeving* (*Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2) en de recent vastgestelde geactualiseerde en geïntegreerde *Aanwijzingen voor de regelgeving* (besluit van de Minister-President van 18 november 1992, *Stcr.* 230). Voorts kan worden gewezen op de adviezen en de jaarverslagen van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (ingesteld bij besluit van de Minister-President van 10 september 1987, *Stcrt.* 181. Het instellingsbesluit is gewijzigd bij besluit van 11 januari 1989, *Stcrt.* 20). Ook het bestaan van het tijdschrift voor wetgevingsvraagstukken *RegelMaat* en van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid zijn tekenen van de toegenomen belangstelling.
- 7 Ik noem als voorbeelden de dissertatie van L.J.M. d'Anjou, *Actoren en factoren in het wetgevingsproces*, Zwolle 1986, de bijdragen van A.F.A. Korsten, *Wetsevaluatie als onderneming* en van I.Th.M. Snellen, *Wetsevaluatie tussen recht, beleid en politiek* in: J.H.T.H. Andriessen e.a. (red.), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle 1987 en de bijdragen van U. Rosenthal, *Wetgeving in beweging: dominante beelden* en van I.Th.M. Snellen, *Zelfsturing: politiek alibi of bestuurlijke noodzaak?* in: L.A. Geelhoed e.a., *Wetgeving in beweging*, Zwolle 1991.

uitingsvorm van overheidsbeleid en van politieke besluitvorming en daadkracht.

4. Een brede, multidisciplinaire aanpak van vraagstukken van wetgeving is ook noodzakelijk om goed zicht op het fenomeen wetgeving te krijgen en om het verloop van wetgevingsprocessen te kunnen doorgronden. Zowel juridische, bestuurskundige, economische als politieke aspecten⁸ zijn aan de orde bij het 'wetgeven'. Van belang is om de verschillen en overeenkomsten tussen deze aspecten van wetgeving te signaleren, om de gezichtspunten met elkaar te confronteren en vervolgens te zoeken naar wegen die in de praktijk begaanbaar zijn, rekening houdend met de verschillende genoemde aspecten.

5. Deze studie gaat over onderwerpen van wetgeving. Het verschijnsel wetgeving wordt vanuit verschillende gezichtspunten beschouwd en belicht, zoals: de wet als kader van bevoegdheidstoedeling, de wet als neerslag van een stukje overheidsbeleid, de verhouding tussen wetgeving en zelfregulering en de wet als uitkomst van een politiek debat. Naar mijn overtuiging is een ver doorgevoerde, eenzijdige, monodisciplinaire benadering van vraagstukken van wetgeving in de praktijk niet erg vruchtbaar. Dit leidt al gauw tot spraakverwarring, conflicten en wederzijdse verwijten. Vervolgens verzandt men in discussies over de vraag wie schuldig is aan de tekortkomingen in en de tegenvallende resultaten van de wetgeving en vertraging in het wetgevingsproces: de jurist of het beleid of de politiek. Wie de realiteit onder ogen ziet, komt tot de conclusie dat een brede, multidisciplinaire aanpak van wetgevingsvraagstukken noodzakelijk is.

6. De probleemstelling van deze bundel van beschouwingen over onderwerpen van wetgeving kan als volgt worden geformuleerd: welke gezichtspunten zijn bepalend c.q. dienen bepalend te zijn bij de behandeling van vraagstukken van wetgeving⁹ in theorie en praktijk en hoe verhouden die gezichtspunten zich tot elkaar? Door de uitwerking van deze probleemstelling wordt getracht een aanzet te leveren tot de door mij bepleite brede, multidisciplinaire aanpak van wetgevingsvraagstukken.

8 Vergelijk de rationaliteiten die Snellen heeft onderscheiden in het overheidsbeleid in zijn Tilburgse rede, I.Th.M. Snellen, *Boeiend en geboeid*, Alphen aan den Rijn 1987.

9 Daarmee wordt zowel de wet als besluit als het wetgevingsproces als besluitvormingsproces bedoeld.

2 Gevolgde werkwijze en verantwoording

1. Bij de uitwerking van de probleemstelling van deze studie is gebruik gemaakt van de volgende methoden van onderzoek. Allereerst is bij alle behandelde onderwerpen literatuuronderzoek verricht. Voorts heeft ten behoeve van de bespreking van enige onderwerpen onderzoek naar wettelijke bepalingen en naar jurisprudentie plaatsgevonden. In het kader van het onderwerp 'wetgeving op orde?' is rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de verdeling van regelgevende bevoegdheid in Duitsland en Zwitserland. Voor de verantwoording van de daarbij gevolgde methode verwijs ik naar de inhoud van hoofdstuk 6 van dit boek. Niet in de laatste plaats is bij het schrijven van dit boek gebruik gemaakt van de ervaringen van de schrijver in de praktijk van de wetgeving en het wetgevingsbeleid.

2) Dit proefschrift heeft het karakter van een combinatie van een bundeling van reeds eerder gepubliceerde artikelen en van enige nieuwe teksten. De inhoud van de hoofdstukken 2, 4, 5 en 7 tot en met 11 is reeds eerder gepubliceerd.¹⁰ De inhoud van hoofdstuk 3 over rechtsnormen in de wetgeving, hoofdstuk 6 over de verdeling van regelgevende bevoegdheden in Duitsland en Zwitserland en van het afsluitende hoofdstuk 12 Afronding en conclusies is nieuw.¹¹ De eerder gepubliceerde teksten zijn in hoofdzaak ongewijzigd opgenomen. Slechts hier en daar zijn wijzigingen aangebracht ter voorkoming van onduidelijkheid (bijvoorbeeld bij verwijzingen). Naar mijn overtuiging hebben de reeds eerder gepubliceerde teksten niet aan waarde of betekenis verloren. Dat geldt niet alleen voor die helft van de teksten die vanaf 1990 zijn verschenen, maar ook voor de andere helft van de teksten die voor 1990 zijn gepubliceerd. De daarin neergelegde benadering en visie zijn ook nu nog actueel. Door de verdeling van de te behandelen stof in zes delen is getracht de samenhang in het geheel eenvoudig zichtbaar te maken. In de volgende paragraaf van dit hoofdstuk wordt daar nader op ingegaan. Voorts komt de samenhang tot uitdrukking in het afsluitende hoofdstuk. Daarin zijn tien stellingen over de in dit boek behandelde onderwerpen van wetgeving opgenomen en toegelicht. Aldus biedt dit hoofdstuk een volledig actuele en samenhangende visie van de auteur op de besproken onderwerpen van wetgeving.

10 In de eerste noot van de desbetreffende hoofdstukken is steeds aangegeven waar de inhoud eerder gepubliceerd is.

11 De teksten van deze hoofdstukken zijn afgesloten op 1 december 1992. Literatuur, jurisprudentie en ontwikkelingen van na deze datum zijn niet meer verwerkt.

3. Elke studie kent zijn beperkingen. Dat geldt zeker ook voor de onderhavige. Onderzoek naar de diverse gezichtspunten bij de aanpak van vraagstukken van wetgeving in theorie en praktijk en naar de verhouding tussen die gezichtspunten mag als grensverkennend worden beschouwd. Het geven van een aanzet tot een brede, multidisciplinaire benadering van wetgeving gaat onvermijdelijk gepaard met beperking en selectie. Dit betekent dat deze studie niet pretendeert een volledige, omvattende behandeling te geven van de verschillende relevante onderwerpen van wetgeving. Er valt zonder enige twijfel veel meer te zeggen en te schrijven over de thema's die in het vervolg van dit boek worden behandeld. Aan elk van die thema's afzonderlijk zou moeiteloos een proefschrift kunnen worden gewijd. Voorts is niet gestreefd naar behandeling van alle relevante onderwerpen van wetgeving. Dat zou binnen het kader van dit proefschrift ook niet mogelijk zijn geweest. Gekozen is voor een selectie van een aantal onderwerpen en daarbinnen van gezichtspunten die naar mijn overtuiging en beleving voor de theorie en de praktijk van de wetgeving van bijzondere betekenis zijn.

3 Plan van behandeling

1. In het vervolg van dit boek worden de te behandelen onderwerpen van wetgeving in zes delen aan de orde gesteld: wetgeving in onderwijs en wetenschap (deel I), wetgeving op orde? (deel II), wetgeving en beleid (deel III), wetgeving en samenleving (deel IV), wetgeving en politiek (deel V) en wetgeving in stelling (deel VI).

2. In deel I Wetgeving in onderwijs en wetenschap wordt in hoofdstuk 2 Proces, methode en techniek van wetgeving ingegaan op de verschillende aspecten en disciplines die relevant zijn voor de bestudering van wetgeving en voor de opleiding en vorming van personen met een brede wetgevingsdeskundigheid. Hoofdstuk 3 gaat over de verschillende typen rechtsnormen in de wetgeving. Het onderscheid tussen gedrags- en bevoegdheidsnormen en de samenhang tussen deze normen in bestuursrechtelijke wetten komen aan de orde.

3. Deel II Wetgeving op orde? handelt over de verdeling van regelgevende bevoegdheden. Centraal staat de vraag welke onderwerpen in de wet dienen te worden geregeld en welke onderwerpen zich lenen voor delegatie aan de Kroon of aan een minister. Zowel vanuit het democratische en

rechtsstatelijke perspectief als uit het oogpunt van deregulering is dit onderwerp van betekenis. De Nederlandse discussie en stand van zaken worden behandeld in hoofdstuk 4 De regelgeving geordend? en hoofdstuk 5 Het primaat van de wetgever. De behandeling geschiedt aan de hand van een bespreking van het advies van de Commissie Wetgevingsvraagstukken 'Orde in de regelgeving' (hoofdstuk 4) en het kabinetsstandpunt ter zake (hoofdstuk 5). In laatstgenoemd hoofdstuk wordt gesproken over de wenselijkheid van de totstandkoming van Algemene aanwijzingen voor de wetgeving. Ik merk op dat de nieuwe Aanwijzingen voor de regelgeving onlangs (bij besluit van de Minister-President van 18 november 1992) zijn vastgesteld. De concept-Aanwijzingen wetgevingsvraagstukken uit 'Orde in de regelgeving' zijn daarin — met inachtneming van het kabinetsstandpunt — opgenomen.

Hoofdstuk 6 heeft een rechtsvergelijkend karakter. Aan de hand van literatuur en jurisprudentie wordt uitvoerig aandacht besteed aan de verdeling van regelgevende bevoegdheden in Duitsland en Zwitserland.

4. In deel III Wetgeving en beleid komen de mogelijkheden en de beperkingen van de wet als beleidsinstrument aan bod. Dit geschiedt zowel vanuit rechtsstatelijk als uit bestuurlijk perspectief. Aan de hand van het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwsubsidies en het standpunt van het kabinet ter zake gaat hoofdstuk 7 in op de relatie tussen beleid en regelgeving. In hoofdstuk 8 worden het nut en de perspectieven van een algemeen beleid inzake de uitoefening van de wetgevende functie besproken. De ontwikkeling in de praktijk van deregulering naar algemeen wetgevingsbeleid wordt geschetst.

5. Wetgeving en samenleving (deel IV) is een actueel thema in het wetgevingsbeleid. De vraag is op welke wijze de wetgever adequaat kan inspelen op en aansluiten bij processen in de samenleving. De verhouding tussen wetgeving en zelfregulering wordt besproken in hoofdstuk 9. Het concept van de wettelijk geconditioneerde zelfregulering staat daarin centraal. Het gedachtengoed van Teubner is een belangrijke bron van inspiratie voor degenen die zich bezig houden met de verhouding tussen overheid en samenleving in de wetgeving. Hoofdstuk 10 gaat over de betekenis van dat gedachtengoed voor de wetgevingspraktijk.

6. In deel V Wetgeving en politiek wordt in hoofdstuk 11 aandacht gegeven aan de politieke dimensie van wetgeving. De vaststelling van een wet is uiteindelijk een politieke daad. In het besluitvormingsproces dat leidt tot

die vaststelling spelen overwegingen van politieke aard een voorname rol. De politiek kent eigen wetmatigheden. Die wetmatigheden en de gevolgen daarvan voor de wetgeving worden aan de orde gesteld.

7. In deel VI zijn in het afsluitende hoofdstuk 12 tien stellingen over onderwerpen van wetgeving opgenomen. Deze stellingen worden uitvoerig toegelicht. In deze stellingen wordt teruggerepen op de thema's die in de hoofdstukken 2 tot en met 11 van dit boek zijn besproken. Op basis van de inhoud van elk van de delen wetgeving in onderwijs en wetenschap, wetgeving op orde?, wetgeving en beleid, wetgeving en samenleving en wetgeving en politiek zijn twee stellingen geformuleerd en toegelicht. Op deze wijze heb ik getracht om mijn huidige visie over onderwerpen van wetgeving op hoofdpunten en in samenhang tot uitdrukking te brengen.

Deel I

Wetgeving in onderwijs en wetenschap

Proces, methode en techniek van wetgeving*

Elementen van wetgevingsonderwijs

1 Inleiding

Het hiernavolgende vormt de bewerking van een paper voor de staatsrecht-conferentie 1984. De inhoud ervan is mede beïnvloed door de gedachtenwisseling in de workshop 'wetgevingsonderwijs'. Tijdens deze workshop bleek dat het wetgevingsonderwijs aan de universiteiten en hogescholen in opkomst is. De opvattingen over de inhoud en aanpak van dit onderwijs verschillen echter nogal.

In dit hoofdstuk zal ik de daarmee aan de orde komende problematiek behandelen en de contouren van een mogelijke en mijns inziens wenselijke benadering schetsen. Uitgangspunt hierbij is dat het object wetgeving in onderwijs en onderzoek vanuit verschillende invalshoeken kan worden bestudeerd. Zoals gesteld zal ik mij concentreren op het onderwijs. Dit betekent echter niet dat de benadering van het onderzoek een andere zou moeten zijn. Een wisselwerking tussen wetenschappelijk onderzoek en onderwijs lijkt mij wenselijk.

Burkhardt Krems heeft een waardevolle poging gedaan om de begrippen en elementen van wat hij noemt 'einer umfassenden Wissenschaft von der staatlichen Rechtsetzung'¹ (wetgevingswetenschap) te structureren. Hij maakt onderscheid tussen een *wetgevingstheorie*, gericht op de analyse en verklaring van het verschijnsel wetgeving, en een *wetgevingsleer*, gericht op het geven van criteria en voorschriften ten behoeve van de wetgevende activiteit.²

Een wetgevingsleer bestaat volgens Krems uit drie onderdelen: het wetgevingsproces, de wetgevingsmethode en de wetgevingstechniek. In het vervolg van dit hoofdstuk zal ik ingaan op de inhoud en betekenis van het proces, de methode en de techniek van wetgeving en de relevantie van

* De inhoud van dit hoofdstuk is eerder gepubliceerd in *Bestuurswetenschappen* 1985, p. 247-255.

1 Burkhardt Krems, *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, Berlijn 1979, p. 38 e.v.

2 Zie ook bij W.G. van der Velden, Een middel tegen legisferitis: de ontwikkeling van een wetgevingstheorie, *Bestuurswetenschappen* 1980, p. 240.

deze elementen voor personen die in eerste instantie betrokken zijn bij het ontwerpen van wettelijke regelingen, met name wetgevingsambtenaren of —juristen.

Ik zal eerst een beschrijving geven van de drie genoemde elementen, vervolgens zal ik aangeven welke disciplines binnen dit kader kunnen bijdragen aan kennis en inzicht. Bij het wetgevingsonderwijs zal deze kennis als het ware moeten worden toegebogen naar de wetgevende houding en activiteit: de stap van wetgevingstheorie naar wetgevingsleer.

Alvorens dit te doen maak ik nog twee opmerkingen. Het gaat mij niet alleen om wetgeving (in formele zin), maar om het ruimere gebied van de rechtsschepping van overheidswege. Ik zal de termen wetgeving en regelgeving gebruiken als verzamelnaam voor het geheel van regelingsvormen (wetten, algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen, gemeentelijke en provinciale verordeningen en bepaalde categorieën bestuursrechtelijke plannen). Ik beperk mij tot de problematiek van het scheppen van dergelijke regelingsvormen; de interpretatie ervan (rechtsvinding) valt buiten dit betoog.

2 Wetgevingsproces

Het verschijnsel wetgeving kan zowel vanuit een produktmatige als vanuit een procesmatige invalshoek worden beschouwd. In processen van wetgeving wordt gestalte gegeven aan het produkt: de wet. Een wet is de uitkomst, het resultaat van een wetgevingsproces.

Analoog aan beleidsprocessen kunnen processen van wetgeving worden opgedeeld in de volgende fasen: de voorbereiding, de bepaling, de uitvoering, de evaluatie en de terugkoppeling.³ De voorbereidende en met name de bepalende fase, te zamen de wetsvorming, hebben tot nu toe steeds de meeste aandacht gekregen.

De aandacht voor de uitvoering en evaluatie van wetten is lange tijd gering geweest; de laatste jaren is er sprake van een groeiende belangstelling voor deze twee fasen van het wetgevingsproces. Ik wijs in dit verband op de discussies en problemen ten aanzien van de uitvoering van onder andere de Leegstandswet (met name over de kosten van de wetsuitvoering en de verdeling daarvan over centrale en decentrale overheid) en op een drietal

3 Zie voor dit onderscheid o.a. A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn 1978.

recent uitgevoerde wetsevaluaties (de evaluatie van de WUB, de WOB en de WABM).

Een eerste aspect, dat bij wetgevingsprocessen relevant is, betitelt ik als het formeel-juridische: het betreft de staatsrechtelijke vormgeving van het wetgevingsproces. Ik denk hierbij met name aan de eisen die gesteld worden aan de zogenaamde formele wetsprocedure (behandeling in de Tweede en Eerste Kamer, advisering door Raad van State).

Een tweede aspect betreft de organisatorische/beheersmatige kant van het proces. De factoren tijd, personeel en kosten in hun onderlinge relatie zijn hierbij in het geding. Van groot belang is ook de informele, politieke kant van het proces. Bij een wetgevingsproces is een groot aantal actoren betrokken, met bepaalde belangen en (machts)posities die op een bepaalde wijze met elkaar communiceren (ambtenaren, bestuurders, politici, adviesorganen, belangengroepen etc.). De preadviezen (*Handelingen 1979 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel I, tweede stuk) van J.M. Polak en M. Scheltema hebben betrekking op deze wetgevingsprocesmatige invalshoek. Met name Polak stelt de drie door mij genoemde procesmatige zaken aan de orde (het formele/juridische, het organisatorische/beheersmatige en het informele/politieke).

Welke plaats hebben wetgevingsambtenaren in dit wetgevingsproces? De werkzaamheden van de wetgevingsambtenaar zijn geconcentreerd in de eerste fase van het wetgevingsproces, de wetsvoorbereiding. Hij of zij zal, uiteraard in samenwerking met anderen, moeten komen tot een (concept) wetsvoorstel en een bijbehorende memorie van toelichting. Maar ook in de fase van de wetsbepaling spelen wetgevingsambtenaren een rol; het gaat hierbij bijvoorbeeld om ondersteuning bij het redigeren van amendementen en het schrijven van een memorie van antwoord. Hij of zij ondersteunt de minister bij de verdediging van het wetsvoorstel.

De activiteit van een wetgevingsambtenaar houdt echter meer in dan het schrijven van wetsteksten. Hij of zij is ook betrokken bij het overleg binnen het ministerie, tussen de verschillende departementen en met andere bij het wetgevingsproces betrokken actoren. Kennis van, inzicht in en een zekere gevoeligheid voor de formele, organisatorische en politieke aspecten van het wetgevingsproces zijn van wezenlijk belang voor een wetgevingsambtenaar. Dit onderdeel van de 'wetgevingskunde' is door Van Poelje zeer treffend omschreven als de '*wetgevingstactiek*'.⁴

4 S.O. van Poelje, *Wetgevingsleer: van reglementering tot normering*, *Bestuurswetenschappen* 1980, p. 179.

Een wetgevingsambtenaar moet er zich terdege van bewust zijn dat 'zijn' wetsvoorstel niet zonder meer in het Staatsblad komt. Er zijn tal van 'omgevingsfactoren' die op zijn/haar werk van invloed zijn. Hiermee moet de wetgevingsambtenaar rekening houden, er op anticiperen en dit vereist een strategische opstelling. Van Poelje stelt mijns inziens terecht dat bovengenoemde zaken niet bij uitstek juridisch georiënteerd zijn. Het zijn juist de empirische wetenschappen (sociologie, politicologie) die via bestudering van het wetgevingsproces aan kennis en inzicht kunnen bijdragen omtrent het feitelijk verloop en de totstandkoming van het uiteindelijke resultaat van dit proces. Voor de wetgevingsambtenaar is kennis van en inzicht in het wetgevingsproces van groot belang. In het wetgevingsonderwijs behoort aandacht geschonken te worden aan wetgevingsprocessen.

3 Wetgevingsmethode

De wetgevingsmethode of -methodologie heeft in de literatuur over het verschijnsel wetgeving weinig aandacht gekregen. Sommige auteurs⁵ vatten het begrip wetgevingstechniek zo ruim op dat daar de problematiek van de methode van wetgeving/regelgeving ook onder valt, anderen besteden in het geheel geen aandacht aan dit aspect. Ik ben van mening dat de wetgevingsmethode als een zelfstandig onderdeel, naast de wetgevingstechniek, aandacht verdient. Ik zal nu eerst proberen aan te geven wat onder een methode van wetgeving/regelgeving verstaan kan worden; de wetgevingstechniek komt later in dit stuk aan de orde.

De essentie van wetgeving/regelgeving is dat zij probeert bepaalde doelstellingen te realiseren, in de zin van sturing, beïnvloeding, ordening van gedrag in een maatschappelijke context en dat dit geschiedt via *rechtsnormen*, gericht op het gedrag van burgers en/of overheidsorganen.

Peter Noll stelt dat een wetgevingsleer uitgaat van de volgende vraag: Hoe kunnen met wettelijke normen sociale toestanden in een gewenste zin beïnvloed worden?⁶ Wetten kunnen dus worden beschouwd als systemen/structuren van rechtsnormen/normscheppende wetsbepalingen. De

5 Zie bijvoorbeeld J. Groenendaal, *Inleiding tot de wetgevingstechniek*, Alphen aan den Rijn 1956. Hij geeft de volgende definitie van wetgevingstechniek: 'De wetgevingstechniek onderzoekt en leert aan welke eisen de geschreven wet als verschijningsvorm van een bepaalde regel of van een complex van regels moet voldoen om haar functie als kenbron van recht zo goed mogelijk te vervullen' (p. 16). Ondanks deze ruime definitie besteedt Groenendaal nauwelijks aandacht aan wat door mij als wetgevingsmethode wordt beschouwd.

6 Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg juni 1973, p. 73.

wetgevingsmethode gaat in op de werkwijze van de beoefenaren van de rechtscheppende praktijk, wetgevingsambtenaren of -juristen, bij het totstandbrengen van deze stelsels van normscheppende wetsbepalingen.

Ruiter omschrijft wetgevingsmethodologie als 'een leer van het stelselmatig scheppen van norminhouden: de wijze waarop norminhouden op onderling samenhangende en in de rechtsorde passende wijze in een wet kunnen worden samengebracht tot een normeringssysteem'.⁷ Van Poelje stelt dat het gaat om 'het formuleren, selecteren en tot een samenhangend geheel combineren van rechtsfiguren als verbod, gebod, ontheffing, vergunning, toekenning van voordelen, opleggen van verplichtingen, rechtsbescherming en sancties'.⁸

Uitgangspunt bij deze benadering van de wetgevingsmethode is dus de individuele, afzonderlijke normscheppende bepaling, met zijn structuurelementen. Ruiter heeft het aldus geformuleerd: 'Een goede wetgevingsmethode is gefundeerd in een theorie van de algemene rechtsnormstructuur en van de verschillende typen wettelijke rechtsnormen die door variaties op die structuur kunnen worden ontworpen. Met behulp van een dergelijke 'analytische wetstheorie' wordt het mogelijk om in andere termen dan in die van de wetstekst zelf te denken en te communiceren over te ontwerpen wetsinhouden. De theorie kan bij wijze van spreken een 'constructietaal' leveren die toestaat dat het vraagstuk van het ontwerpen van wetsinhouden tot op zekere hoogte onafhankelijk van het vraagstuk van het weergeven van die inhouden in wetsteksten wordt behandeld.'⁹

Wat zijn nu die structuurelementen van een normscheppende bepaling? Welke vragen zal een ontwerper zich moeten stellen en vervolgens ook moeten beantwoorden? Deze beantwoording geschiedt uiteraard aan de hand van de doelstellingen van de wettelijke regeling. Vragen betreffende het al dan niet treffen van een regeling en de doelstellingen van regelingen laat ik hier buiten beschouwing. Dit betekent niet dat dit aspect, dat ik wetgevingsbeleid/wetgevingspolitiek zou willen noemen, niet relevant is voor het werk van een wetgevingsambtenaar. Ik ga er echter van uit dat de uitkomst van deze discussies voor de wetgevingsambtenaar min of meer als een gegeven moet worden beschouwd.

De eerste vraag betreft het *normobject* en luidt: Welk(e) gedrag/gedragingen wil ik beïnvloeden/normeren? Als het de bedoeling is van een

7 D.W.P. Ruiter, *Bestuursrechtelijke normcreatie*, (syllabus TH-Twente, afdeling bestuurskunde), Enschede 1979, p. 5.

8 S.O. van Poelje, *i.a.p.*

9 D.W.P. Ruiter, Van de verstaanbaarheid van de wetten, in: M.C. Burkens e.a. (red.), *Burger en overheid* (Steenbeek-bundel), 's-Gravenhage 1984, p. 208 e.v.

‘regelsteller’ om het gebruik van een bepaald produkt tegen te gaan dan kan hij bijvoorbeeld de produktie, fabricage ervan normeren, maar ook de consumptie of de verkoop ervan of het in bezit hebben ervan en zelfs combinaties van deze gedragswijzen. Het ene type gedrag leent zich meer voor normering dan het andere, bijvoorbeeld in verband met de controlemogelijkheden.

De tweede vraag heeft betrekking op het *normsubject*, de *normadressaat*: Van welke (klasse van) personen wil ik het gedrag beïnvloeden? Moet ik, uitgaande van het genoemde voorbeeld, de norm richten tot de fabrikanten, de consumenten, de detailhandel of tot elke burger?

Het derde element van een normscheppende bepaling is de *normoperator*, de modus van behoren. Hierbij gaat het om de volgende vraag: Op welke manier wil ik het gedrag/de gedragingen van een klasse of klassen van personen beïnvloeden/normeren?

Er kunnen vier typen van *gedragsnormen*, gericht op de burger, worden onderscheiden. Het gebod en het verbod, dat wil zeggen de plicht tot het verrichten respectievelijk tot het nalaten van een bepaald gedrag en de vrijstelling en de toestemming, dat wil zeggen de geoorloofdheid om een bepaald gedrag na te laten, respectievelijk te verrichten. In het bestuursrecht komt het vaak voor dat bepaalde gedragingen worden verboden of geboden, maar dat dit verbod of gebod onder bepaalde voorwaarden ‘omslaat’ in een vrijstelling of toestemming voor de burger (vergunningen- en ontheffingenstelsels). Een regelgever kan echter ook kiezen voor wat minder ‘directe’ vormen van normstelling/gedragsbeïnvloeding. Ik denk hierbij aan het gebruik van heffingenstelsels en subsidiëring in plaats van verboden en geboden. Hij kan bijvoorbeeld in plaats van de fabricage van een bepaald produkt te verbieden, een belasting heffen voor de fabricage van iedere hoeveelheid X van het produkt.

Het vierde en laatste element van de normscheppende bepaling is de *normconditie*: Onder welke voorwaarden ga ik het gedrag/de gedragingen van een klasse of klassen van personen gebieden/verbieden/vrijstellen/toestaan? Wanneer er sprake is van meer dan één normconditie, dan is de logische relatie tussen die normcondities van belang (bijvoorbeeld ‘en ... en’ dan wel ‘en/of’). Het normobject, het normsubject, de normoperator en de normconditie zijn de structurelementen van een normscheppende bepaling.

Van groot belang voor de wetgevingsmethode is ook het feit dat een bepaalde regelgever zich niet in het luchtledige bevindt, maar dat zijn/haar regelingsbevoegdheid deel uitmaakt van een bepaald rechtssysteem met een hiërarchie van wetgevende c.q. regelgevende competenties. Een

wetgevingsambtenaar, die werkzaam is bij een bepaald orgaan binnen deze hiërarchie, zal zich altijd moeten afvragen wat andere organen (met name hogere) al geregeld hebben en wat 'zijn/haar' orgaan kan en mag/moet regelen. Tevens moet de vraag aan de orde komen of een bepaald orgaan het onderwerp helemaal zelf kan en wil regelen of dat het de ruimte laat/geeft aan andere, lagere organen om ook regels te stellen.

Wanneer een bepaald orgaan (bijvoorbeeld de wetgever in formele zin) aan een ander, lager orgaan (bijvoorbeeld de gemeenteraad) de bevoegdheid geeft tot het stellen van (nadere) regels, hebben we te maken met rechtsnormen van het type *bevoegdheidscheppende bepaling*. Dit zijn rechtsnormen gericht tot overheidsorganen die met name in bestuursrechtelijke wetten zeer veel voorkomen. In deze situatie hebben we in eerste instantie niet te maken met een 'moeten', zoals bij het gebod en verbod, noch met een 'mogen', zoals bij de toestemming en de vrijstelling, maar met een 'kunnen'; overheidsambten tot welke deze bevoegdheidscheppende bepalingen gericht zijn, kunnen handelingen verrichten of besluiten nemen, bijvoorbeeld besluiten die rechtsnormen van het type gedragsnorm gericht tot de burger uitdrukken.

Als zij dit doen dan gelden deze rechtsnormen binnen het rechtssysteem. Deze bevoegdheidscheppende bepalingen kunnen een facultatief (bijvoorbeeld artikel 10, tweede lid, Wet op de ruimtelijke ordening) of een imperatief (bijvoorbeeld artikel 10, eerste lid, Wet op de ruimtelijke ordening) karakter hebben en ze kunnen worden 'ingeperkt' via inhoudelijke en procedurele normcondities. Deze laatste twee factoren bepalen in grote mate de beleidsvrijheid van het ambt.

Naast gedragsnormen, gericht tot (klassen van) burgers en bevoegdheidscheppende bepalingen, gericht tot overheidsambten, bevatten wetten nog andere soorten bepalingen. Een regelgever die probeert via rechtsnormen het gedrag van burgers te beïnvloeden zal zich moeten afvragen: Welke sanctiebepalingen kan/moet ik opnemen? Ook bepalingen ten aanzien van de rechtsbescherming (bijvoorbeeld de keuze tussen administratief beroep en administratieve rechtspraak)¹⁰ en de regeling van het overgangsrecht zijn van belang.

Ik heb geprobeerd in een kort bestek de belangrijkste aspecten van de werkwijze inzake het ontwerpen van wettelijke regelingen aan te geven. Uitgangspunt daarbij is de opvatting dat wetten/regelingen bestaan uit een geheel van met elkaar samenhangende (normscheppende) bepalingen. Een

¹⁰ Zie Ministerie van algemene zaken, *Richtlijnen voor de keuze tussen arob-beroep en beroep op de Kroon*, 's-Gravenhage 1981, nr. 307279, *Stcrt.* 1981, 56.

karacterisering of typering van wetten/regelingen zal naar mijn opvatting dan ook het best kunnen plaatsvinden aan de hand van de verschillende typen normscheppende bepalingen die deze wetten/regelingen inhouden. Dat er nog geen sprake kan zijn van een uitgekristalliseerde, laat staan een beproefde, wetgevingsmethode spreekt voor zich. Dit neemt niet weg dat de aanwezige kennis binnen het wetgevingsonderwijs aan de orde moet worden gesteld.

4 Wetgevingstechniek

De wetgevingstechniek heeft in de (juridische) literatuur over wetgeving veel aandacht gekregen. Over het algemeen wordt dit onderdeel beschouwd als een specifiek juridische bezigheid. Groenendaal stelt in zijn dissertatie: 'Het blijkt dus, dat de wetgevingstechniek naar de gangbare mening slechts een onderdeel van het wetgevingsproces tot onderwerp heeft, nl. de formulering van de vast te stellen regel. En aangezien iedere techniek streeft naar een zo goed mogelijk resultaat, zou dus kunnen worden gezegd, dat de wetgevingstechniek onderzoekt en leert, hoe een regel het best geformuleerd kan worden.'¹¹

Gaat het bij de methode van wetgeving om het ontwerpen van een stelsel van met elkaar samenhangende rechtsnormen (*wetsinhoud*), bij de techniek van wetgeving gaat het om de formulering en presentatie van deze rechtsnormen in de taal (rechtsnormzinnen) binnen een *wetstekst*. Dit onderscheid tussen een wetstekst, een stelsel van bepalingen en een wetsinhoud, een stelsel van door die bepalingen uitgedrukte rechtsnormen, is analoog aan de in de taaltheorie gemaakte onderscheiding tussen betekenisdrager en betekenis.¹²

De volgende aspecten zijn van belang in het kader van de wetgevings-techniek: de uiterlijke vormgeving, de innerlijke vormgeving, waaronder het gebruik van 'technische kunstgrepen', de stijl en het spraakgebruik en de bekendmaking van de wet.¹³ Dit laatste aspect is eigenlijk geen onderdeel van de wetgevingstechniek, maar heeft wel een relatie met de formulering en presentatie van wetten en wordt daarom vaak onder deze noemer aan de orde gesteld.

¹¹ Groenendaal, *a.w.*, p. 9.

¹² Zie voor dit onderscheid, Ruiters, *a.w.*, p. 201.

¹³ Deze elementen worden genoemd en behandeld bij Groenendaal, *t.a.p.* en Hans Schneider, *Gesetzgebung*, Heidelberg 1982.

De uiterlijke vormgeving heeft niet alleen betrekking op het 'lichaam' van de wet, het gedeelte van de wetstekst waarin de vastgestelde regels zijn opgenomen, maar betreft ook het opschrift, de aanhef en het slot.

Het opschrift geeft in korte trekken het onderwerp van de regeling weer; in de aanhef wordt het uitvaardigende orgaan (de bevoegde regelgever) aangegeven en de wilsverklaring van dat orgaan. De aanhef wordt soms ook gebruikt om de beweegredenen, die ten grondslag liggen aan de regeling, te vermelden (considerans).¹⁴ Ook wordt/worden in de aanhef de wettelijke bepaling(en) waarop een regeling steunt, en de personen of organen die zijn gehoord, aangegeven. Dat de regeling een slot heeft, is geen eis. Aanwijzingen en bevelen tot gehoorzaming zijn overbodig. Tradities spelen hierbij, evenals bij de considerans, een belangrijke rol. Vanuit wetgevingstechnisch perspectief is het 'lichaam' van de wet het meest van belang.

De verdeling van de wetstekst in artikelen en leden, de structurering van deze artikelen in samenhang vertonende groepen ('boek', 'hoofdstuk', 'titel', 'afdeling', 'paragraaf') en de omvang, volgorde en het opschrift van artikelen en groepen van artikelen moeten gericht zijn op een zo groot mogelijke overzichtelijkheid en leesbaarheid van de regeling.

Wettelijke regelingen bevatten niet alleen normscheppende bepalingen, maar ook onzelfstandige bepalingen. Dit zijn bepalingen die zelf niet gericht zijn op de normering van gedrag. Ze bepalen de inhoud en werking van de normscheppende bepalingen. Voorbeelden van deze categorie van bepalingen zijn definities, verwijzingen, presumpties en ficties.

Bij de innerlijke vormgeving van wettelijke regelingen worden deze 'technische kunstgrepen' regelmatig gebruikt. Op deze wijze proberen regelgevers betekenissen te verduidelijken en herhalingen te voorkomen. Wanneer dit soort technieken te veel en onnodig worden gehanteerd kan dit de doelstelling, de duidelijkheid van de regeling, ook negatief beïnvloeden.

Over de taalkundige vorm van de in de wet op te nemen rechtsregels (rechtsnormzinnen) kan gesteld worden dat regelgevers overwegend gebruik maken van de grammaticale indicatief, ofschoon het semantische karakter imperatief is. Groenendaal stelt: 'Iedere vorm is toelaatbaar, mits maar duidelijk blijkt welke rechten of plichten er worden opgelegd c.q. gewijzigd of opgeheven. Wel kan worden gezegd, dat de gewone indicatief in de meeste gevallen de best hanteerbare vorm is. Niemand zal bijvoorbeeld

14 Zie over het gebruik door wetgever en rechter van de considerans, C. Waaldijk, Het onbruik van de considerans, *Bestuurswetenschappen* 1984, p. 406 e.v.

een strafbepaling, die in de indicatief is gesteld, opvatten als een loutere constatering. Dit neemt echter niet weg, dat het de duidelijkheid nooit kan schaden, wanneer rechten worden omschreven met 'kan' of 'mag' en plichten met respectievelijk 'moet' of 'is verplicht' en 'mag niet' of 'het is verboden'.¹⁵

Op dit punt ligt er een relatie met het derde en meest de aandacht trekkende onderdeel van de wetgevingstechniek: de stijl en het spraakgebruik. Als we het hebben over het gebruik en de keuze van woorden en de zinsbouw, speelt niet alleen de wetgevingstechniek een rol, maar komen er tevens esthetische aspecten in het geding. In dit verband wordt wel de term wetgevingskunst gebruikt. Zaken als het vermijden van grammaticale fouten, spellingfouten en stijlfouten, het aansluiten bij het 'normale' taalgebruik en het zo min mogelijk gebruiken van juridische vaktaal en het tegengaan van het gebruik van lange zinnen zijn op dit punt van de wetgevingstechniek van belang.

Een wettelijke regeling kan haar pretentie, de beïnvloeding van het gedrag van burgers en overheidsorganen, niet waarmaken als de inhoud ervan niet bekend is bij de normadressaten. De methoden en technieken van publikatie van regelingen hebben in deze zin een nauwe relatie met de wetgevingstechniek. Beide zijn ze gericht op de bevordering van de toegankelijkheid van de wet. Op centraal niveau worden de wetten in formele zin en de algemene maatregelen van bestuur gepubliceerd in het Staatsblad en is de Staatscourant het voornaamste publikatiemiddel voor de regelgeving, afkomstig van ministers. De uitgave van wetsteksten met bijbehorende uitvoeringsregelingen door particuliere uitgevers is waarschijnlijk van groter belang, omdat ze meer worden gebruikt. Ze hebben echter geen formeel karakter.

Van de genoemde elementen heeft de techniek van wetgeving de meeste aandacht gekregen en is daarom ook het meest ontwikkelde onderdeel. Dit blijkt onder andere uit het bestaan van de 'Aanwijzingen inzake de wetgevingstechniek' (vastgesteld bij besluit van de Minister-President). De meeste van deze Aanwijzingen betreffen wetgevingstechnische aspecten. Dit geldt in sterke mate voor de oude Aanwijzingen (13 september 1972, *Stcrt.* 1973, nrs. 2 en 4). In de nieuwe Aanwijzingen (*Stcrt.* 13 maart 1984, nr. 52) overheerst het wetgevingstechnische aspect nog steeds. Wel kan worden gesteld dat de aandacht voor wetgevingsmethodische en procesmatige kanten is toegenomen.¹⁶ Het bereiken van uniformiteit en standaardisatie

¹⁵ Groenendaal, *a.w.*, p. 45.

¹⁶ Zie ook M. Schreuder-Vlasblom, *De nieuwe Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek*,

ten aanzien van deze (technische) aspecten van regelingen is de voornaamste doelstelling van de Aanwijzingen.

De door de 'Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen' ontworpen toetsingspunten voor een sober en terughoudend wetgevingsbeleid,¹⁷ inmiddels geworden tot 'Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving' (*Stcrt.* 27 november 1984) mogen in dit verband niet ongenoemd blijven. Deze toetsingspunten hebben betrekking op het door mij niet behandelde wetgevingsbeleid/wetgevingspolitiek (bijvoorbeeld toetsingspunten 1, 2 en 3) en tevens hebben zij een relatie met de methode van wetgeving (bijvoorbeeld toetsingspunten 6, 11 en 12). Polak heeft onlangs gepleit voor de realisering van Aanwijzingen voor de wetgeving.¹⁸

Ook aan wetgevingstechnische aspecten behoort in het wetgevingsonderwijs aandacht te worden besteed.

5 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk heb ik de benadering in wetenschappelijk onderwijs van het scheppen van algemene wettelijke regelingen aan de orde gesteld.

Ik heb in dit verband drie elementen behandeld: het proces, de methode en de techniek van wetgeving. Ik heb mij met name geconcentreerd op het gezichtspunt en de positie van de wetgevingsambtenaren: personen die binnen een bepaald overheidsorgaan in eerste instantie betrokken zijn bij en belast zijn met de opdracht tot het ontwerpen van een bepaalde regeling.

De activiteiten van een wetgevingsambtenaar spelen zich voornamelijk af in de voorbereidende fase van het wetgevingsproces. Het verloop van dit proces wordt beïnvloed door formeel/staatsrechtelijke, organisatorische en politieke factoren. Binnen dit kader moet de wetgevingsambtenaar in samenwerking en in overleg met andere relevante actoren (beleidsambtenaren, bestuurders, politici, adviesorganen, belangengroepen, etc.) zijn arbeid verrichten.

Inzicht in en gevoel voor wetgevingstactiek is in deze situatie vereist. Voor de ontwikkeling van een dergelijk inzicht en gevoel is de ervaring in de wetgevende praktijk mijns inziens de belangrijkste factor. De wetenschappelijke disciplines, die kunnen bijdragen aan kennis en inzicht

NJB 1984, p. 750-756.

17 Eindbericht van de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen, *Deregulering van overheidsregelingen, Kamerstukken II* 1983-1984, 17 931, nr. 9. p. 75 e.v.

18 J.M. Polak, Regels voor regelgevers, *NJB* 1985, p. 41 en 42.

ten aanzien van het verloop van wetgevingsprocessen, zijn: staatsrecht, politicologie en de (organisatie)sociologie.

Bij de wetgevingsmethode gaat het om de werkwijze van wetgevingsambtenaren bij het ontwerpen van wettelijke regelingen. Mijn uitgangspunt hierbij is de opvatting dat regelgeving gericht is op bepaalde, voor de wetgevingsambtenaar in zekere mate gegeven, doelstellingen, in de zin van sturing, beïnvloeding, ordening van gedrag in een maatschappelijke context en dat dit geschiedt via rechtsnormen, gericht op het gedrag van burgers en overheidsorganen.

Wetten zijn stelsels van met elkaar samenhangende, normscheppende bepalingen van verschillende typen. Een wetgevingsambtenaar zal bij het ontwerpen van deze norminhouden op systematische wijze een geheel van vragen moeten beantwoorden. Het denken over dit belangrijke aspect bij het vervaardigen van regelingen is nog weinig ontwikkeld. Kennis en inzichten kunnen worden ontleend aan de rechtstheorie en de normentheorie.

Bij de rechtstheorie denk ik aan de volgende thema's: het wetsbegrip, ontstaan en functies van het recht, de systematiek in het recht, regelingsvormen en de hiërarchische relaties daartussen.

Bij de normentheorie spelen de taaltheorie en de (deontische) logica een belangrijke rol. Zaken die in dit kader aan de orde moeten komen, zijn recht als een taalverschijnsel,¹⁹ structuur van rechtsnormzinnen, typen rechtsnormen en de logische relaties daartussen.

De wetgevingstechniek heeft betrekking op de formulering en presentatie van de ontworpen norminhouden in een wetstekst. De techniek van wetgeving besteedt aandacht aan de uiterlijke vormgeving, de innerlijke vormgeving (onder andere het gebruik van 'technische kunstgrepen'), de stijl en het spraakgebruik en de bekendmaking van de wet. In het verlengde van de beoefening van het recht heeft dit element van oudsher de meeste aandacht gekregen. Een taalkundige invalshoek is hierbij ook van belang.

Op basis van het vorenstaande kom ik tot de conclusie dat er bij onderwijs met betrekking tot het scheppen van algemene wettelijke regelingen een multidisciplinaire benadering (met een bijdrage vanuit het recht, de sociale, empirische wetenschappen en de taalwetenschap) gewenst en noodzakelijk is.

19 Zie voor een goede inleiding, M.A. Loth, *Recht en taal: een kleine methodologie*, Arnhem 1984.

Besluitvorming en recht; rechtsnormen in de wetgeving

1 Inleiding

Besluiten worden dagelijks vele malen genomen door individuen of groepen van met elkaar in verband staande individuen. De pas afgestudeerde die besluit om te solliciteren naar een bepaalde functie, de directie van een bedrijf die besluit een nieuwe machine aan te schaffen, de gemeenteraad van Tilburg die besluit om een subsidie te verlenen aan de plaatselijke carnavalsvereniging, de Minister van Economische Zaken die besluit om nadere regels te stellen inzake de vestiging van bedrijven.

Een besluit komt tot stand in een besluitvormingsproces, dat een langdurige of minder langdurige periode kan beslaan en dat een zorgvuldig overwogen en goed doordacht of een minder zorgvuldig overwogen en doordacht karakter kan hebben. Het besluit markeert de slotfase van een besluitvormingsproces.¹ In de maatschappijwetenschappen wordt veel aandacht geschonken aan besluiten en besluitvormingsprocessen: politico-logisch onderzoek naar het stemgedrag van burgers, economisch onderzoek inzake beslissingen van consumenten en producenten, rechtswetenschappelijk onderzoek betreffende rechterlijke uitspraken.

De relevantie van en daarmee ook de belangstelling voor besluiten en besluitvormingsprocessen neemt in de regel toe naarmate de groep van personen die met de gevolgen van een besluit wordt geconfronteerd groter is en naarmate de gevolgen van het besluit ingrijpender (kunnen) zijn. Aandacht voor besluiten van overheidsorganen en voor de processen waarin deze besluiten worden genomen is daarom goed te verklaren en te verdedigen. Dergelijke besluiten betreffen vaak grote groepen van burgers en hebben voor die burgers soms ingrijpende en niet zelden ook ongewenste gevolgen. Organen van de overheid trachten via besluiten het gedrag van individuele burgers, categorieën van burgers en andere overheidsorganen in een maatschappelijke context te ordenen, te sturen, te beïnvloeden.²

¹ Vergelijk de dissertatie van R.J. Jue, *Notabeleid en recht*, Deventer 1982, p. 32.

² Zie ook bij L.A. Geelhoed, *De interveniërende staat*, 's-Gravenhage 1983. Geelhoed geeft een interventie-typologie, die gebaseerd is op de Zijlstra-typologie. Het indelingscriterium voor de verschillende overheidsinterventies is de intensiteit waarmee zij op de besluitvorming

Het begrip *rechtsnorm* is bij de beschouwing van overheidsbesluiten van wezenlijk belang. Juist via rechtsnormen geschiedt in de praktijk vaak de genoemde ordening, sturing, beïnvloeding van het gedrag van burgers en overheidsorganen. In het vervolg wordt nader ingegaan op de inhoud en betekenis van het rechtsnormconcept. Dit geschiedt aan de hand van de opvattingen van drie gezaghebbende rechtstheoretici, te weten H.L.A. Hart, H. Kelsen en A. Ross. Vervolgens worden enige conclusies getrokken ten aanzien van de diverse typen rechtsnormen in de wetgeving en de samenhang daartussen.

2 Het rechtsnormconcept

2.1 De opvattingen van Hart

In zijn belangrijkste werk *The Concept of Law* gaat de Engelse rechtsgeleerde H.L.A. Hart in op een aantal fundamentele vragen: Wat is recht? Wat zijn de kenmerken van een rechtssysteem? Wat zijn rechtsregels?³ Om te komen tot een beantwoording van deze vragen begint Hart met een reactie op de opvattingen van Austin. Austin omschreef rechtsregels als 'orders backed by threats' en 'commands of an authority/a sovereign'.⁴ Austins visie op het recht en op rechtsregels, die kan worden getypeerd als de imperatieve- of bevelstheorie van het recht, wordt door Hart op een overtuigende wijze bestreden en vervolgens verworpen.

Volgens Hart is de zienswijze die inhoudt dat rechtsregels moeten worden beschouwd als bevelen met de dreiging van een sanctie te simpel, en stemt deze visie niet overeen met de realiteit en de variëteit van moderne complexe rechtsstelsels. Hart stelt dat het recht moet worden beschouwd als een verbinding van twee typen rechtsregels. 'If we are to do justice to the complexity of a legal system, we have to discriminate between two different though related types. Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary rules, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for

van de burger inwerken.

3 In het vervolg van dit hoofdstuk worden de begrippen rechtsregels en rechtsnormen door elkaar gebruikt. Zie voor een uitgebreide behandeling van het begrip rechtsnorm, D.W.P. Ruiter, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Assen/Maastricht 1987, p. 45 e.v. Ruiter onderscheidt rechtsnormen en rechtsnormzinnen, die rechtsnormen uitdrukken.

4 H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford 1961, p. 19 e.v.

they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private. Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type provide for operations which lead not merely to psychical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations'.⁵

De primaire regels zijn in de theorie van Hart sociale regels of gedragsregels die zich richten tot de burger(s). Door de verbinding en verstrengeling van deze gedragsnormen met secundaire rechtsregels kan er een rechtssysteem ontstaan dat zekerheid biedt, dynamisch is en efficiënt functioneert. Hart onderscheidt drie typen van secundaire rechtsregels, die door de 'officials' binnen een rechtssysteem als bindend (moeten) worden geaccepteerd. De 'rule of recognition' vormt als het ware de grondslag van het stelsel; op basis van deze regel kunnen de andere regels geïdentificeerd worden. De criteria voor rechtsgeldigheid worden via de 'rule of recognition' bepaald en aangeduid. De 'rules of change' betreffen de bevoegdheden tot wijziging van bestaande rechtsregels en de vorming van nieuwe regels. De personen c.q. ambten die regels kunnen stellen en de procedures die daarbij moeten worden gevolgd zijn het onderwerp van dit type regels. De 'rules of adjudication' tenslotte hebben betrekking op de rechtsprekende functie binnen het rechtssysteem. Zij geven aan individuen de bevoegdheid om via bepaalde procedures gezaghebbende beslissingen te nemen ten aanzien van de vraag of in een bepaald, concreet voorliggend geval een primaire regel is geschonden. Hart stelt dat de twee genoemde typen rechtsregels (gedrags- en bevoegdheids(scheppende)regels) een noodzakelijke en voldoende voorwaarde vormen voor het bestaan van een rechtssysteem.

2.2 De opvattingen van Kelsen

In zijn standaardwerk *Reine Rechtslehre* probeert de Oostenrijkse rechtsgeleerde Hans Kelsen een zuivere theorie van het positieve recht te ontwikkelen. Deze theorie gaat in op de vraag naar het wezen van het recht en behandelt de aard en de methode van de rechtswetenschap, gezuiverd van wat Kelsen noemt 'fremde Elementen'. Het dualisme tussen 'Sein' en 'Sollen' heeft in het werk van Kelsen een voornaam plaats. Hij beschouwt 'Sein'

⁵ Hart, *a.w.*, p. 78 en 79.

en 'Sollen' als twee zelfstandige, niet tot elkaar te herleiden en in het bewustzijn voorgegeven denkcategorieën.

De rechtsnorm, behorend tot de denkcategorie 'Sollen', staat ook bij Kelsen centraal. 'Auf die Normen nun, die den Charakter von Rechtsnormen haben und gewissen Tatbeständen den Charakter von Rechts- (oder Unrechts-) Akten verleihen, ist die Rechtserkenntnis gerichtet. Denn das Recht, das den Gegenstand dieser Erkenntnis bildet, ist eine normative Ordnung menschlichen Verhaltens, und das heisst, ein System von menschliches Verhalten regelnden Normen. Mit 'Norm' bezeichnet man: dass etwas sein oder geschehen, insbesondere dass sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten soll. Das ist der Sinn, der gewisse menschliche Akte haben, die intentional auf das Verhalten anderer gerichtet sind'.⁶

Het onderscheid dat Kelsen maakt tussen gelding/geldigheid en werking van rechtsnormen is logisch verbonden met het onderscheid tussen 'Sein' en 'Sollen'. De gelding van een norm en van de normatieve ordening in zijn geheel is, wat genoemd zou kunnen worden, systeemgebonden. Kelsen stelt in dit verband: '(...) Eine "Ordnung" ist ein System von Normen, deren Einheit dadurch konstituiert wird, dass sie alle denselben Geltungsgrund haben; und der Geltungsgrund einer normativen Ordnung ist eine Grundnorm, aus der sich die Geltung aller zu der Ordnung gehörigen Normen ableitet. Eine einzelne Norm ist eine Rechtsnorm, sofern sie zu einer bestimmten Rechtsordnung gehört, und sie gehört zu einer bestimmten Rechtsordnung, wenn ihre Geltung auf der Grundnorm dieser Ordnung beruht'.⁷ De gelding en geldingsgrond van de 'Grundnorm'⁸ zelf kan uiteraard niet uit een andere norm worden afgeleid en moet als het ware worden verondersteld. Uit deze visie, die wel 'Stufenbau der Rechtsordnung' genoemd wordt, blijkt dat Kelsen, evenals Hart, met zijn 'rule of recognition', de (rechts)systeemnotie hanteert.

Bij de werking van rechtsnormen is een geheel andere kwestie in het geding, namelijk de vraag of de norm ook daadwerkelijk wordt opgevolgd en toegepast. De effecten van de norm op het gedrag van burgers en 'officials' zijn hierbij het aandachtspunt. Toch is de scheiding tussen gelding en werking van rechtsnormen ook bij Kelsen niet absoluut. Dit blijkt uit het volgende citaat: 'Eine Norm, die nirgends und niemals angewendet und befolgt wird, das heisst eine Norm die — wie man zu sagen pflegt — nicht bis zu einem gewissen Grade wirksam ist, wird nicht als gültige Rechtsnorm

6 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wenen 1976, p. 4.

7 Kelsen, *a.w.*, p. 32.

8 Zie ook de dissertatie van J.H.M. Klanderman, *Ratio, wetenschap en recht*, Zwolle 1986.

angesehen. Ein Minimum an sogenannter Wirksamkeit ist eine Bedingung ihrer Geltung'.⁹

De essentie van een rechtsnorm is volgens Kelsen de verbinding van twee met elkaar samenhangende elementen. 'Jede generelle Rechtsnorm sei die Verbindung von zwei Normen, von denen die eine ein bestimmtes Verhalten der Rechtssubjekte als gesollt setzt, die andere für den Fall der Verletzung dieser Norm eines bedingten Zwangsaktes seitens eines Rechtsorganes als gesollt setzt. Ich habe die zweite Norm als primäre, die erste als sekundäre Rechtsnorm bezeichnet'.¹⁰ De sanctie beschouwt Kelsen dus als wezenskenmerk van de rechtsnorm. Alleen rechtsnormen die een sanctie bevatten, hebben volgens de opvattingen van Kelsen een zelfstandig karakter. Vervolgens onderscheidt hij een aantal typen rechtsnormen (in 'Allgemeine Theorie der Normen' noemt hij het functies van rechtsnormen) die hij als onzelfstandig karakteriseert. Hij onderscheidt:

- normen die een bepaald gedrag verbieden of gebieden zonder daaraan een sanctie te verbinden ['gebieten'];
- normen die een bepaald gedrag toestaan ['erlauben']; het gaat hierbij om de beperking van het geldingsbereik van een andere norm (in casu een verbod);
- normen die de gelding van andere normen volledig opheffen ['derogieren'];
- normen die aan individuen of groepen (rechts)macht c.q. bevoegdheden verlenen ['ermächtigen'], bijvoorbeeld om rechtsnormen te scheppen of toe te passen;
- normen die de inhoud en betekenis van andere normen nader bepalen.

2.3 *De opvattingen van Ross*

Naar de opvattingen van Alf Ross omvat het rechtsnormconcept twee aspecten. Een rechtsnorm kan worden beschouwd als een taalkundig fenomeen met een directief als betekenisinhoud (het voorschrijven van gedrag). Een rechtsnorm kan tevens worden beschouwd als een sociaal en psychologisch verschijnsel. In zijn omschrijving van het begrip geldig recht komen deze beide aspecten tot uitdrukking. 'That is to say, "valid law" means the abstract set of normative ideas which serve as a scheme of interpretation for the phenomena of law in action, which again means that

⁹ Kelsen, *a.w.*, p. 10.

¹⁰ H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wenen 1979, p. 43. Dit werk van Kelsen is postuum verschenen.

these norms are effectively followed and followed because they are experienced and felt to be socially binding'.¹¹

Ross maakt een onderscheid tussen *gedragsnormen* en *bevoegdheidsnormen*. Gedragsnormen schrijven een bepaald handelingspatroon voor, bevoegdheidsnormen brengen een bepaalde bevoegdheid tot stand met een privaats/individueel karakter of met een sociaal/publiek karakter. Bevoegdheidsnormen zijn voor de dynamiek in een rechtssysteem bepalend omdat ze aangeven welke de voorwaarden zijn voor het scheppen van nieuwe rechtsnormen. Deze voorwaarden kunnen betrekking hebben op drie elementen van de bevoegdheid, door Ross aangeduid als de 'personal competence', de 'procedural competence' en de 'substantial competence'.¹²

Hierbij gaat het om respectievelijk de personen c.q. ambten die gekwalificeerd zijn om deel te nemen aan de procedure waarin nieuwe regels tot stand worden gebracht, de te volgen procedure zelf en de zaken waarmee men zich bezig mag houden.¹³ In de visie van Ross bestaat er een duidelijke relatie tussen gedrags- en bevoegdheidsnormen, in die zin dat bevoegdheidsnormen zijn te herleiden tot een bepaald soort gedragsnormen: '(...) norms of competence are directives to the effect that norms which come into existence in conformity with a declared mode of procedure shall be regarded as norms of conduct'.¹⁴

De mening van Ross omtrent de kwestie van de essentie van het recht en in dat verband de vraag tot wie rechtsregels in eerste instantie zijn gericht is niet geheel duidelijk. In *On Law and Justice* stelt hij: 'The real content of a norm of conduct is a directive to the judge, while the instruction to the private individual is a derived and figurative legal norm deduced from it'¹⁵ en 'Law consists of rules concerning the exercise of force'.¹⁶ Deze stellingnamen wijzen duidelijk in de richting van een ondersteuning van de sanctietheorie van het recht: de essentie van een rechtsregel is de sanctie en rechtsregels zijn primair gericht tot de 'officials' van het rechtssysteem. In *Directives and norms* onderscheidt Ross drie typen rechtsregels, dit zijn 'substantive or primary law', 'sanctions or secondary law' en 'procedural or tertiary law'.¹⁷ Hier beschouwt hij de gedragsnormen die voorschrijven

11 A. Ross, *On law and justice*, Berkely/Los Angeles 1974 (1958), p. 18.

12 Zie A. Ross, *Directives and norms*, London/New York 1968, p. 96.

13 Vergelijk de dissertatie van H.M. de Jong, *Norm en feit in de gemeente*, Enschede 1988, p. 69 en 70.

14 Ross, *On law and justice*, p. 32.

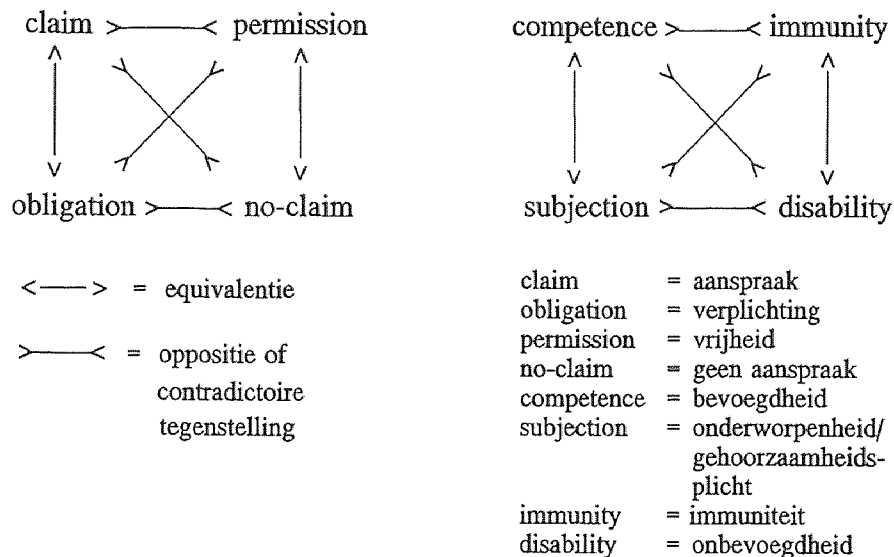
15 Ross, *a.w.*, p. 33.

16 Ross, *a.w.*, p. 52.

17 Ross, *Directives and norms*, p. 91 e.v. en p. 114-115.

hoe burgers zich behoren te gedragen als primair en de rechtsregels omtrent de toepassing van sancties bij overschrijding van die gedragsnormen als secundaire, afgeleide regels. Rechtsregels van het type 'procedural or tertiary law' betreffen de aanvullende (procedurele) voorwaarden die vervuld moeten worden om te komen tot bindende juridische beslissingen. Het komt mij voor dat Ross hier zijn eerdere stellingname op zijn minst nuanceert.

Ross stelt de kwestie van de verschillende mogelijke modaliteiten van rechtsnormen aan de orde. Hij maakt hiervoor gebruik van door L.N. Hohfeld ontwikkelde schema's, waarin acht juridische concepten in hun onderlinge relaties worden aangegeven.¹⁸



¹⁸ Ross, *a.w.*, p. 119 e.v. De schema's zijn afkomstig uit L.N. Hohfeld, *Fundamental legal concepts as applied in judicial reasoning I* (1913), *II* (1917), Westport 1978 (herdruk), p. 36 en 65. De achterliggende vraag die Hohfeld wilde beantwoorden was die naar de verschillende mogelijke betekenissen van het begrip 'right'. Zijn conclusie was dat de betekenis van dat begrip niet eenduidig bepaald is. Het begrip 'right' komt in vier betekenissen voor: aanspraak, vrijheid, bevoegdheid en immuniteit. Ruiter heeft een diepgaande beschouwing gewijd aan de 'fundamental legal concepts' van Hohfeld, zie Ruiter, *a.w.*, p. 94 e.v. Zie voorts bij Jue, *a.w.*, p. 161 e.v.

3 Conclusies: rechtsnormen in de wetgeving

3.1 Terugblik

De drie auteurs, wier opvattingen in het voorgaande kort zijn besproken, hebben zich bezig gehouden met in grote lijnen dezelfde problematiek. De vraag naar het concept, de aard, het wezen van het recht staat in hun werk centraal. Ross noemt het de analytische benadering van het recht.¹⁹ Gijssels en Van Hoecke onderscheiden drie niveaus binnen de beoefening van de rechtswetenschap: de rechtsdogmatiek, de rechtstheorie en de rechtsfilosofie.²⁰ Een van de thema's waarmee de rechtstheorie, opgevat als een metatheorie van de rechtsdogmatiek, zich bezighoudt is de analyse van het recht. Het concept rechtsnorm en het rechtssysteem of rechtsstelsel — opgevat als een geheel van geordende rechtsnormen — vormen de kern van de analytische benadering van het recht. Sommigen spreken in dit verband van de structuurtheorie van het recht.²¹ Hart, Kelsen en Ross komen, redenerend vanuit hun visie op het recht, tot een omschrijving van de concepten rechtsnorm en rechtssysteem.

Kelsen heeft als uitgangspunt de scheiding tussen de wereld van de feiten ('Sein') en de wereld van de normen ('Sollen') en maakt diensgevolge een strikt onderscheid tussen de systeemgebonden gelding van rechtsnormen en de werking van die normen in een maatschappelijke context. Deze visie wordt in de rechtstheorie gekenschetst als het formeel idealisme. Hart en Ross bevinden zich met hun opvattingen meer aan de kant van de realisten, die het recht als een feitelijk gegeven beschouwen, waarneembaar uit het gedrag van mensen. Hierbij moet worden opgemerkt dat de pure vormen van idealisme en realisme twee uitersten van een continuüm zijn, waarbinnen zich veel variaties en mengvormen (kunnen) voordoen.²²

Kelsen kan worden beschouwd als een aanhanger van de sanctietheorie van het recht. Hij is van mening dat de dreiging met sancties/dwang de meest kenmerkende factor van het recht is. Hart heeft zich aan de hand van een bespreking van de bevels- of imperatieventheorie van Austin, waarin de sanctie ook een essentieel element is, juist gekeerd tegen deze visie op het recht. Ross is op dit punt niet geheel duidelijk, op sommige plaatsen

19 Ross, *On law and justice*, p. 1.

20 J. Gijssels en M. van Hoecke, *Wat is rechtstheorie?*, Antwerpen 1982, p. 69.

21 Vergelijk D.N. MacCormick en O. Weinberger, *Grundlagen der institutionalistischen Rechtspositivismus*, Schriften zur Rechtstheorie (113), Berlin 1985, p. 31 e.v.

22 Zie ook bij De Jong, *a.w.*, p. 46-51.

lijkt hij de sanctietheorie te steunen, op andere plaatsen lijkt hij zich juist aan te sluiten bij de opvattingen van Hart.

Vanuit hun visie op het recht komen de auteurs tot standpunten ten aanzien van de inhoud en betekenis van het rechtsnormconcept. Ook hier vallen verschillen in opvattingen te constateren. Welke typen rechtsnormen worden onderscheiden? Tot wie zijn rechtsnormen in eerste instantie gericht (primaire adressaten)? Welke rechtsnormen hebben een zelfstandig karakter? Deze vragen worden, zoals we in het voorgaande hebben gezien, door de rechtstheoretici verschillend beantwoord.

Bij dergelijke stellingnames gaat het niet zo zeer om de waarheid of onwaarheid van bepaalde opties, maar veeleer om een keuze voor een bepaalde invalshoek, waarover discussie mogelijk is. Ik kom nu terug bij mijn aandachtspunt, te weten de relatie tussen besluitvorming door organen c.q. ambten van de overheid en rechtsnormen. Overheidsorganen proberen door het nemen van besluiten het gedrag van burgers en andere overheidsorganen te ordenen, te sturen, te beïnvloeden. Rechtsnormen nemen in het kader van deze besluitvorming een essentiële positie in. De besluitvorming zelf wordt beheerst door rechtsnormen; hierbij gaat het om rechtsnormen van het type bevoegdheidsnorm. Rechtsnormen kunnen ook het resultaat zijn van de besluitvorming; hierbij kan het zowel gaan om normen van het type bevoegdheidsnorm (regels van het 'kunnen') als van het type gedragsnorm (regels van het 'moeten' en het 'mogen'). Met name in het administratieve recht, dat in belangrijke mate wordt gekenmerkt door een gelede normstelling,²³ is het proces van totstandkoming en concretisering van gedragsnormen gericht tot burgers een belangrijk thema. Gedragsnormen worden geconcretiseerd, krijgen inhoud via een geheel van (gedelegeerde) besluiten van verschillende niveaus [wetten, algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen, verordeningen van functioneel en territoriaal gedecentraliseerde organen, beleidsregels en plannen, beschikkingen]. Normen inhoudende geboden, vrijstellingen, verboden, toestemmingen en aanspraken gericht tot (klassen van) burgers komen tot stand door de uitoefening van bevoegdheden op verschillende niveaus.

Aandacht voor bevoegdheids(scheppende) normen lijkt mij hierom van belang.²⁴ Hirsch Ballin heeft het over 'normen die bepalen welke organen onder welke voorwaarden een algemene (d.w.z. niet tot een bepaald aantal

23 Zie bij H.D. van Wijk en W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht 1991, p. 179 e.v.

24 Zie ook Jue, *a.w.*, p. 195 e.v. en G.H. Addink en J.D.M. Steenbergen, *Beperkingen van bevoegdheden: een onderzoek van administratieve wetgeving*, *Bestuurswetenschappen* 1985, p. 430-442. Zie ook de hoofdstukken 2, 4 en 5 van dit boek.

situaties beperkte) bevoegdheid hebben om rechtsnormen vast te stellen die rechtsbetrekkingen geheel of gedeeltelijk heteronoom bepalen'.²⁵

3.2 *Wetten als stelsels van samenhangende rechtsnormen*

Wetten zijn stelsels van met elkaar samenhangende rechtsnormen. Ruiter heeft het als volgt geformuleerd: 'Een wetsontwerp komt niet willekeurig tot stand, maar is de uitkomst van een vormgevingsproces waarin rechtsregels van verschillende typen doelbewust aan elkaar worden gerelateerd'.²⁶ Bestuursrechtelijke wetten bevatten vaak maar enkele gedragsnormen. Deze vormen de kern van de wet. De overige bepalingen vertonen een logische samenhang met deze kernbepalingen. Vanuit dit gezichtspunt is het mogelijk en zinvol om verschillende lagen binnen een wettelijke regeling te onderscheiden.²⁷

Zo bevat een vergunningstelsel²⁸ in de regel de basis(gedrags)norm dat een bepaald gedrag verboden is, tenzij daarvoor toestemming — via een vergunning — is verkregen. Vervolgens wordt aan een bestuursorgaan de bevoegdheid toegekend om onder bepaalde condities de toestemming (de vergunning) te verlenen. Deze bevoegdheidsnorm kan een imperatief ('Ambt X verleent de vergunning, indien') of een facultatief ('Ambt X kan de vergunning verlenen, indien') karakter hebben. Voorts kunnen in de regel bepalingen worden aangetroffen die de uitoefening van de bevoegdheidsnorm materieel (bijvoorbeeld door te bepalen onder welke omstandigheden de vergunning wordt verleend of geweigerd of door aan te geven welke voorschriften aan de vergunning verbonden kunnen worden) en procedureel (bijvoorbeeld door te bepalen binnen welke termijn op een aanvraag voor een vergunning een beslissing wordt genomen of door te bepalen bij welke instanties advies wordt ingewonnen) normeren. Het logisch sluitstuk van het stelsel is de bevoegdheid om een sanctie op te

25 E.M.H. Hirsch Ballin, De wetenschap van het constitutionele recht: een kleine methodologie, in: C.J.A.M. Kortmann e.a., *Object en methode van de staatrechtswetenschap* (Staatsrechtconferentie 1982), Nijmegen 1982, p. 71.

26 D.W.P. Ruiter, Formele relaties binnen wettelijke stelsels, *Bestuurswetenschappen* 1989, p. 198.

27 Met de wijze van wetsanalyse zoals hier bedoeld, zijn inmiddels goede ervaringen opgedaan in de opleiding Wetgevingsjurist van het Interuniversitair Instituut voor Wetgevingsonderwijs.

28 Het gaat hier om een illustratie. Daarom is niet getracht om een compleet beeld te geven van de bepalingen die aangetroffen kunnen worden in wettelijke vergunningstelsels. Uit het voorbeeld van de Wet op de bejaardenoordelen dat Ruiter in zijn aangehaalde artikel uit Bestuurswetenschappen gebruikt, kan worden afgeleid dat er in de praktijk nog andere bepalingen en relaties voorkomen in vergunningstelsels.

leggen indien het verboden gedrag wordt ontplooid zonder vergunning of indien de vergunningvoorschriften worden overtreden. Ook deze (sanctie)bevoegdheidsnorm kan weer materieel en procedureel worden genormeerd door de wetgever.

Op basis van hetgeen in dit hoofdstuk besproken is, kunnen enige aandachtspunten worden afgeleid die van betekenis zijn bij het ontwerpen van wetgeving.

- I Overweeg of in de wet normen ten aanzien van gedrag (bijvoorbeeld door iets te verbieden of door een aanspraak op subsidie toe te kennen) moeten worden geformuleerd of dat het de voorkeur verdient om andere personen of organen de bevoegdheid toe te kennen om gedragsnormen te stellen (bijvoorbeeld door de mogelijkheid te scheppen om — nadere — regels te stellen of om een vergunning te verlenen of in te trekken). In de praktijk zal vaak aan beide methoden behoefte bestaan. Dan gaat het om het vinden van de goede combinatie van gedrags- en bevoegdheidsnormen in de wet.
- II Overweeg bij het stellen van gedragsnormen welk gedrag een geschikt aanknopingspunt biedt voor de regulering (bijvoorbeeld het oprichten van een woning of het lozen van afvalwater) en voorts of volstaan kan worden met algemene regels (bijvoorbeeld een algemeen ge- of verbod), of dat de mogelijkheid moet worden geboden om in bepaalde nader omschreven gevallen vrijstelling of toestemming te geven.
- III Overweeg bij het opnemen van bevoegdheidsnormen om welke bevoegdheid het moet gaan (regelgevend, bestuurlijk, rechtsprekende of adviserend), aan wie de bevoegdheid moet worden toegekend²⁹ (kan dat aan reeds bestaande personen, instellingen of organen of dient de wet te voorzien in de oprichting van nieuwe?), of de bevoegdheid een facultatief of een imperatief karakter moet hebben,³⁰ op welke wijze de bevoegdheid het best omschreven kan worden,³¹ en of en zo ja,

29 Hierbij zij aangetekend dat bij de overdracht en verdeling van bevoegdheden niet alleen aan overheidsinstanties kan worden gedacht. Het gaat evenzeer om de toedeling van bevoegdheden aan personen en organisaties buiten de overheid.

30 Bij deze overweging is onder meer van belang of de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid al dan niet noodzakelijk is voor de uitvoering van de wet en het realiseren van de doelstellingen van de wet. Indien dat wel het geval is, is het aangewezen om een imperatieve bevoegdheid op te nemen.

31 Een belangrijke vraag is of en in welke mate de desbetreffende bevoegdheid een discretionair karakter dient te hebben. Als uitgangspunt dient te gelden dat bevoegdheden in de wetgeving nauwkeurig worden omschreven en begrensd. Dit betekent dat het onderwerp van de bevoegdheid zo nauwkeurig mogelijk moet worden aangeduid.

Hoofdstuk 3

op welke wijze de bevoegdheid materieel en procedureel moet worden genormeerd.

Deel III

Wetgeving op orde?

De regelgeving geordend?*

Enkele kanttekeningen bij het Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken 'Orde in de regelgeving'

1 Inleiding

De Commissie Wetgevingsvraagstukken heeft eind 1985 haar Eindrapport *Orde in de regelgeving*¹ aangeboden aan de Minister-President, de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken. De commissie heeft getracht te komen tot 'een samenstel van richtlijnen, die voor de praktijk enig houvast kunnen bieden bij het gebruik van onderscheiden vormen van regelgeving en daarbij te maken keuzen'.² In een in het *Nederlands Juristenblad* verschenen artikel (1986, p. 1109-1113) heeft E.M.H. Hirsch Ballin het geheel van richtlijnen en aanwijzingen gericht tot de wetgever geïnventariseerd. De aanwijzingen wetgevingsvraagstukken zoals deze in concept zijn opgenomen in het eindrapport kwamen daarbij ook aan de orde. In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de analyse van de 'regelgevings situatie', de probleemstelling en de uitwerking en aanpak daarvan door de commissie. Centraal daarbij staan het onderscheid en de relatie tussen materiële en formele aspecten van regelgeving en de betekenis en inhoud van het legaliteitsbeginsel.³

De kracht van het rapport lijkt mij vooral gelegen te zijn in een goede analyse en beschrijving van het probleem; de enorme toename van regelgeving c.q. normstelling door andere organen dan de wetgever in formele zin, waarbij de figuren van delegatie van regelgevende bevoegdheden en gelede normstelling centraal staan.⁴

* De inhoud van dit hoofdstuk is eerder gepubliceerd in *NJB* 1986, p. 1390-1393.

1 Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, 's-Gravenhage 1985.

2 Aanbiedingsbrief bij het *Eindrapport*, p. 3 en ook het *Interim-rapport* van de Commissie Wetgevingsvraagstukken (verschenen op 16 februari 1982).

3 In dit opzicht is er verschil met andere publikaties over het eindrapport. Vergelijk W. Konijnenbelt, *Ordnung muss sein: Het eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken*, *RegelMaat* 1986, p. 42-45 en D.W.P. Ruiter, *Beleidsregels zijn algemeen verbindende voorschriften*, *Bestuurswetenschappen* 1986, p. 65-70.

4 Dergelijke beschrijvingen treffen we veelvuldig in de juridische literatuur. Zie H.D. van Wijk en W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, 's-Gravenhage 1984, p.

De volgende passage uit het rapport is uitermate treffend: 'Men spreekt dan van de instrumentale benadering van wetgeving. In veel gevallen volstaat de wetgever met het vaststellen van besluitvormingsprocedures en de attributie van taken en bevoegdheden aan bestuursorganen, van wier optreden en medewerking de bestuursorganen in hoge mate afhankelijk zijn geworden. In de wetgeving van de laatste decennia is sterk de nadruk komen te vallen op beslisregels, dat wil zeggen op regels die zich, anders dan gedragsregels, primair tot de overheidsadministratie richten. Vooral met betrekking tot deze zo in omvang gegroeide beslisregels doen zich de problemen van regelgeving voor. Dat komt omdat juist beslisregels zich veel gemakkelijker lenen voor delegatie van wetgeving of vaststelling in de vorm van pseudo-wetgeving'.⁵

Deze ontwikkeling wordt als problematisch ervaren met het oog op het normatieve uitgangspunt van de commissie, te weten het primaat van de wet en de wetgever in formele zin. '(...) de heerschappij der wet (het legaliteitsbeginsel, Ph. E.) als middel ter verzekering van de zo belangrijke beginselen van rechtsstaat en democratie (...)'.⁶

Dit uitgangspunt wordt in het rapport vrij consequent en strikt gehanteerd. Het vormt als het ware een normatief toetsingskader voor de beoordeling van ontwikkelingen in het positieve recht. De 'waarborgkant'⁷ van het recht staat nadrukkelijk centraal, uitgangspunt vormen de constitutionele beginselen rechtsstaat en democratie. Wet- en regelgeving worden opgevat als functies van bepaalde staatsorganen. Bij het constitutionele recht gaat het om 'normen die bepalen welke organen onder welke voorwaarden geldige algemene en bijzondere rechtsnormen kunnen vaststellen'.⁸ Reeds hierom is het rapport waardevol te noemen. Het vormt een noodzakelijk tegenwicht tegen de geschriften die wetgeving en regelgeving benaderen

35 e.v., E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht*, Alphen aan den Rijn 1982, p. 16 en 17, A.M. Donner, *Grondwetsherziening en staatsrecht dogmatiek; iets over het materieel wetsbegrip*, (paper Staatsrechtconferentie 1981 - niet gepubliceerd), p. 11 en 12 en J. van Geest en A. Ringeling, *Recht op de vierkante meter, Bestuurswetenschappen* 1980, p. 191 e.v.

5 *Eindrapport*, p. 7. Met name het onderscheid tussen gedragsregels en beslisregels is essentieel. Beslisregels kunnen worden beschouwd als bevoegdheidsscheppende normen. Vergelijk D.W.P. Ruiters, Normscheppende bepalingen in bestuursrechtelijke wetten, *Bestuurswetenschappen* 1986, p. 260-274. R. Jue, *Notabeleid en recht*, Deventer 1982, p. 134 e.v. Zie hoofdstuk 2.

6 *Eindrapport*, p. 11.

7 Zie voor het onderscheid tussen de waarborgkant en de instrumentele kant van het recht o.a. P. de Haan e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat; Deel 1 Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, Deventer 1986, p. 28-30.

8 Hirsch Ballin, a.w., p. 5.

vanuit een meer instrumentele optiek. Wetgeving wordt dan primair als een instrument van overheidsbeleid beschouwd. Een dergelijke invalshoek treffen we bijvoorbeeld bij de rapporten van de Commissie Geelhoed.⁹

2 Materiële en formele aspecten van regelgeving

In het eerste hoofdstuk van het eindrapport wordt gesteld dat 'de commissie haar taak aldus heeft opgevat dat zij diende na te gaan voor welke *inhoudelijk* te onderscheiden *soorten van regels* de verschillende *vormen van regelgeving* bij de centrale overheid het best gebruikt zouden kunnen worden'.¹⁰ (cursivering van mij, Ph. E.). Deze taakopvatting c.q. probleemstelling spreekt mij aan en lijkt mij een zinnige. De relatie tussen de materiële, inhoudelijke kant en de formele, procedurele kant van overheidsbesluiten, en met name overheidsregelingen, en de eisen die aan deze relatie gesteld moeten worden vormen naar mijn idee een kernpunt binnen het rechtsstaats-denken.¹¹ Bepaalde typen besluiten kunnen slechts worden genomen door bepaalde organen volgens bepaalde procedures.

Veel waardering dus voor de analyse en beschrijving van de situatie, het uitgangspunt en de probleemstelling van de commissie. Ten aanzien van de uitwerking van deze opzet valt mijns inziens nog wel het een en ander op te merken.

In hoofdstuk 2 van het rapport worden vijf soorten van regels, die van de centrale overheid kunnen uitgaan, onderscheiden en behandeld. Het betreft achtereenvolgens algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels, plannen, nota's en circulaire. Met deze onderscheiding en indeling in soorten van regelgeving, die volgens de commissie in inhoudelijk opzicht van elkaar verschillen, heb ik grote moeite. Deze bezwaren zijn een gevolg van het feit dat in het rapport onvoldoende tot uitdrukking komt welke nu volgens de commissie de inhoudelijke, materiële kenmerken van regelgeving

9 *De interveniërende staat — Kamerstukken II 1982-1983, 17 936, nr 3 (tussenbericht) en Deregulering van overheidsregelingen — Kamerstukken II 1983-1984, 17 931, nr 9 (eindbericht), Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen (Commissie Geelhoed). Uit de taakformulering blijkt de instrumentele optiek: Ontwikkeling van een plan om te komen tot het formuleren van een aantal praktisch hanteerbare regels voor de keuze van aan de overheid ten dienste staande instrumenten.*

10 *Eindrapport*, p. 10.

11 Vergelijk R.J. in 't Veld, Planning en democratie, in: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Benaderingen van planning*, 's-Gravenhage 1981, p. 42-45.

kunnen zijn en welke de procedurele, formele kenmerken. Dit leidt mijns inziens vervolgens tot inconsistenties in het gebruik van deze termen.

Ten aanzien van welk punt verschillen beleidsregels¹² van algemeen verbindende voorschriften? Ik citeer uit het rapport: 'Uit deze begripsomschrijving blijkt welk kenmerk bepalend is voor het onderscheid met een algemeen verbindend voorschrift. Bij een krachtens delegatie tot stand gekomen algemeen verbindend voorschrift omtrent de uitoefening van een bestuursbevoegdheid gaat het om algemene regels, die een bestuursinstantie vaststelt krachtens een bevoegdheid tot regelgeving aan de wet ontleend. Aan een beleidsregel ligt een dergelijke bevoegdheid niet ten grondslag. Een expliciete toekenning van een bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels aan het bevoegde of een hiërarchisch hoger orgaan is niet nodig en zou zelfs vreemd zijn, omdat de bevoegdheid daartoe in een bestuursbevoegdheid besloten ligt. Dit betekent dat uiteindelijk voor door ministers of ambtenaren vastgestelde regelingen een *formeel* kenmerk — de aan- of afwezigheid van een expliciete bevoegdheid — bepalend is voor het onderscheid'.¹³ (cursivering van mij, Ph. E.).

Algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels zijn besluiten met een algemeen karakter en naar buiten werkend, bij beleidsregels ontbreekt echter de wettelijke grondslag en daarmee de expliciete bevoegdheid tot regelgeving.¹⁴ Dit heeft uiteraard gevolgen voor de mate en wijze van binding van beleidsregels. Deze binding loopt over de band van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en kan hierdoor ook worden beperkt (inherente afwijkingsclausule).¹⁵ Geconcludeerd kan worden dat het onderscheid primair is gelegen in formele aspecten, zoals de bevoegdheid van het orgaan, de wijze van totstandkoming en de bekendmaking.

12 Bij de behandeling van de beleidsregels maakt de commissie dankbaar gebruik van het uitstekende werk van Van Kreveld. Zie J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer 1983.

13 *Eindrapport*, p. 20.

14 Voor de overeenkomsten en verschillen tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels zie J.H. van Kreveld, Het verkleinen van de juridische verschillen tussen beleidsregels en daarmee verwante wettelijke voorschriften, in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Staatkundig Jaarboek*, Amsterdam 1985, p. 293-320 en 'Bronbeek', Afdeling rechtspraak van de Raad van State 26 januari 1984, *Ars Aequi* 1985, p. 633-641, met noot van E.M.H. Hirsch Ballin en D.W.P. Ruiters, Beleidsregels zijn algemeen verbindende voorschriften, *Bestuurswetenschappen* 1986, p. 65-70.

15 Zie voor de betekenis van de inherente afwijkingsclausule bij Van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, p. 186, waar wordt gesteld dat de gebondenheid van bestuursinstanties aan beleidsregels minder volledig is dan de gebondenheid aan wettelijke voorschriften. Volgens de jurisprudentie is de bestuursinstantie in bijzondere gevallen bevoegd of verplicht van de beleidsregels af te wijken.

Ook bij de typering van plannen, nota's en circulaires als soorten van regelgeving plaats ik een aantal vraagtekens. Hiermee wil ik overigens niet beweren dat plannen, nota's en circulaires juridisch niet relevant zouden zijn. Ik volg weer de commissie in haar betoog. 'Door de overheid vastgestelde plannen vormen een normatief kader voor bestuurshandelingen. Een plan is daarom te beschouwen als een *vorm* van regelgeving (cursivering van mij, Ph. E.). Soms wordt een plan tot stand gebracht door de wetgever. Voorbeelden van bij de wet vastgestelde plannen zijn het Deltaplan of de plannen voor de afsluiting of drooglegging van de Zuiderzee. In de meeste gevallen worden plannen echter vastgelegd door bestuursorganen. De wetgever komt dan voor de vraag te staan welke regels hij moet formuleren omtrent de voorbereiding, vaststelling en uitvoering van plannen'.¹⁶ Ook hier weer geeft de commissie vooral formeel kenmerken bij de beschouwing van de planfiguur.

In zijn algemeenheid kan een plan het best worden gekarakteriseerd als een bestuursinstrument, een wijze van beleidsvorming.¹⁷ Een plan kan algemene rechtsgevolgen hebben als dit zijn basis heeft in een wettelijke regeling (bijvoorbeeld het bestemmingsplan) of meer indirect als administratieve organen hun discretionaire bevoegdheden via een plan structureren en aldus ook inperken. In deze laatste situatie is een plan vergelijkbaar met een beleidsregel. Het onderscheid tussen plannen en (beleids)regels lijkt mij dan vooral gelegen te zijn in de wijze van normering. De rechtsregel heeft een conditionele structuur die er toe leidt dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Bij een plan staan de te bereiken doelstellingen centraal en dit kan leiden tot ongelijke beslissingen voor vergelijkbare gevallen.¹⁸ Een plan kan ook concrete rechtsgevolgen hebben in de situatie dat een plan moet worden opgevat als een bundel van beschikkingen.¹⁹ Bij de behandeling van het verschijnsel nota geeft de commissie zelf expliciet aan dat daarbij in beginsel geen sprake is van een op inhoudelijke kenmerken te onderscheiden soort van regelgeving. 'Duidelijk is wel dat een nota niet heel in het algemeen kan worden gedefinieerd als soort van regeling. Veeleer is een nota een *vorm* waarin (voornemens tot) beleid en beleidsregels, plannen of andere overheidsmaatregelen kunnen worden medege-deeld'.²⁰ (cursivering van mij, Ph. E.) De beleidsnota²¹ kan zowel een

16 *Eindrapport*, p. 30.

17 Zie in Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, p. 232 e.v.

18 Zie ook *Eindrapport*, p. 29.

19 Zie bijvoorbeeld 'Plan Middelburg', Afdeling rechtspraak van de Raad van State 19 april 1982, AB 1982, 355 (met noot van J.A. Borman). In casu ging het om een welzijnsplan.

20 *Eindrapport*, p. 35.

voorloper zijn op regelgeving als ook zelf beleidsregels en plannen bevatten. Zeker in het laatste geval heeft de nota juridische betekenis.

Ten aanzien van de circulaire²² tenslotte wordt in het rapport gesteld dat het 'een van de meest onduidelijke en in de praktijk tot problemen aanleiding gevende vormen van regelgeving is'.²³ (cursivering van mij, Ph. E.) Verschillende typen circulaires worden onderscheiden, in bepaalde gevallen bevatten ze (beleids)regels. Nota's en circulaires zijn mijns inziens te beschouwen als communicatie-vormen tussen organen (wetgevende en besturende) van de overheid die regelmatig worden gebruikt of eigenlijk misbruikt om regels te stellen.

Een geheel andere typering van en indeling in soorten regels, waarbij wel het materiële aspect centraal staat, geeft de commissie in hoofdstuk 3 als zij 'een aantal belangrijke soorten van algemeen verbindende voorschriften de revue laat passeren'.²⁴ Zij onderscheidt de volgende categorieën:

- a. Regels die rechten en verplichtingen van burgers ten opzichte van elkaar bevatten.
- b. Het scheppen van strafbare feiten en bedreigen van straf.
- c. Het onderwerpen van het handelen van burgers aan het verkrijgen van vergunning, toestemming of ontheffing van het bestuur.
- d. Aanspraken van financiële aard jegens de overheid.
- e. Belastingen en heffingen vanwege het Rijk.
- f. Toedeling van bevoegdheden aan bestuursorganen.
- g. Voorschriften die taken in medebewind opdragen aan lagere openbare lichamen.
- h. Voorschriften die de rechtsbescherming van de burgers betreffen.
- i. Voorschriften van procedurele of administratieve aard.

Zonder nu te beweren dat deze indeling uitputtend en uitsluitend is, meen ik dat hier een waardevolle aanzet wordt gegeven tot inhoudelijke typering van en onderscheiding in soorten rechtsregels. Het gaat hier om zelfstandige en onzelfstandige rechtsnormen of elementen daarvan, gericht op de ordening, sturing en beïnvloeding van gedrag van burgers en overheidsorganen in een maatschappelijke context.²⁵

21 Voor de juridische betekenis van nota's vergelijk Jue, *a.w.*

22 Zie Vereniging van Nederlandse Gemeenten, *Bestuur per circulaire*, 's-Gravenhage 1985. De Vereniging voor Administratief Recht heeft op 14 maart 1986 een studiebijeenkomst aan dit thema gewijd.

23 *Eindrapport*, p. 39.

24 *Eindrapport*, p. 46-52.

25 Zie ook in hoofdstuk 2 van dit boek.

De bovengenoemde inhoudskenmerken zouden volgens de commissie de basis moeten zijn voor de keuze en aanbeveling van een beschikbare regelingsvorm of procedure. Welke bepalingen of onderdelen van bepalingen moeten via de formele wetsprocedure worden vastgesteld? Welke kunnen eventueel worden gedelegeerd? Als er ruimte is voor delegatie is de vraag in welke mate en aan wie. De keuze tussen de algemene maatregel van bestuur en de ministeriële regeling wordt besproken. Tevens komt de zelfstandige algemene maatregel van bestuur aan de orde.

Deze aanpak en benadering van het probleem lijkt mij een juiste te zijn. Ik had echter graag gezien dat binnen dit kader ook de eventuele rol en mogelijke functie van beleidsregels, plannen, nota's en circulaire was besproken. Ik mis nu de samenhang tussen hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 van het rapport.

3 Het legaliteitsbeginsel

In de discussie omtrent regelgeving kan uiteraard niet worden voorbij gegaan aan de vraag naar de inhoud en betekenis van het legaliteitsbeginsel c.q. het principe van de wetmatigheid van bestuur. Tevens komt hierbij het wetsbegrip²⁶ aan de orde. In de Duitse literatuur ten aanzien van dit thema wordt een onderscheid gemaakt tussen de 'Vorrang' van de wet en het 'Vorbehalt' van de wet.²⁷ Achterberg stelt: 'Das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung enthält die beide Bestandteile des Gesetzesvorrangs — auch als 'Gesetzmässigkeit im negative Sinne' bezeichnet — und des gesetzvorbehalts — auch 'Gesetzmässigkeit im positiven Sinne' genannt. Während der Gesetzesvorrang für den genannten Bereich der Verwaltung aus Art. 20 III GG folgt, der insoweit keinerlei Einschränkung enthält, lässt sich der Gesetzesvorbehalt aus den Rechtsstaatsprinzip ableiten, den jedoch nicht zu entnehmen ist, welche Reichweite er hat.'²⁸

Het beginsel van de voorrang van de wet vormt ook een belangrijk uitgangspunt in het Nederlandse rechtstelsel, hoewel niet expliciet geformuleerd. Uit de 'doorbraakarresten'²⁹ blijkt dat dit principe geen

26 Zie o.a. I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke wetgeving*, Amsterdam 1984. In het Eindrapport wordt op p. 14 naar deze dissertatie verwezen.

27 Zie E.W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin 1981 en N. Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1982, p. 258 e.v. Zie voor een uitgebreide bespreking hoofdstuk 6 van dit boek.

28 Achterberg, *t.a.p.*

29 Hoge Raad 12 april 1978, *NJ* 1979, 533 (met noot van M. Scheltema). In casu oordeelde

absolute betekenis heeft. Meer ter discussie staat de betekenis en reikwijdte van het beginsel van het voorbehoud van de wet, het vereiste van een wettelijke grondslag. In onze Grondwet zijn op tal van plaatsen 'wetsvoorbehouden' geformuleerd.³⁰ In artikel 89,³¹ tweede lid, staat dat voorschriften, door straffen te handhaven, een wettelijke grondslag behoeven en dat de wet de op te leggen straffen bepaalt.

Het vereiste van een wettelijke grondslag geldt in ons positieve recht in elk geval voor de zogenaamde 'Eingriffsverwaltung'. Als een overheidsorgaan wil ingrijpen in de vrijheid of eigendom van een burger kan dit slechts als het de bevoegdheid daartoe ontleent aan de wet. In onze moderne verzorgingsstaat hebben we echter vaak te maken met een positief optredende, een presterende overheid; met name gaat het hier om overheidsorganen die uitkeringen en subsidies toekennen aan burgers, instellingen en bedrijven, die hier in toenemende mate van afhankelijk zijn geworden. Omtrent de vraag of deze 'Leistungsverwaltung' een wettelijke grondslag behoeft (en in welke mate), lopen de meningen uiteen. Ik denk niet dat uit het geldende recht een dergelijke regel valt te construeren. Het gaat om de vraag naar de wenselijkheid en noodzakelijkheid van een zodanige regel, uitgaande van bepaalde (democratische en rechtsstatelijke) waarden.

De commissie is geneigd deze vraag positief te beantwoorden. Zij stelt: '(...) de gedachte dat ministers ook zonder wettelijke grondslag bevoegd zouden zijn tot het vaststellen van algemeen verbindende subsidievoorschriften staat haaks op het door de commissie gehanteerde uitgangspunt van het primaat van de wet'.³² en 'De commissie oordeelt dat van de wetgever in onze rechtsstaat verwacht mag worden dat hij de hoofdlijnen en de algemene uitgangspunten van het subsidiebeleid in de wet vastlegt'.³³

Deze opvatting, dat het legaliteitsbeginsel in onze moderne verzorgingsstaat uitbreiding behoeft en ook het positieve, presterende overheidsoptreden zou moeten betreffen, is zeker niet nieuw te noemen. Reeds tegen het eind

de rechter dat beleidsregels (via de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) moesten worden toegepast en niet het wettelijke voorschrift. Voor de mogelijke werking van de a.b.b.b. contra legem, zie Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, p. 112 e.v.

30 De terminologie van de nieuwe Grondwet geeft aan of delegatie van de regelgevende bevoegdheid mogelijk is. Zie C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherziening 1983*, Deventer 1983, p. 317 e.v.

31 In het *Eindrapport* wordt artikel 89 Grondwet uitvoerig besproken, p. 12 e.v. Met name de betekenis van de term 'algemeen verbindende voorschriften' (artikel 89, vierde lid) krijgt veel aandacht.

32 *Eindrapport*, p. 18.

33 *Eindrapport*, p. 26.

van de vijftiger jaren werd er door Böhrling en Cluysenaar in hun oraties op gewezen.³⁴ Ook Donner heeft gepleit voor een uitbreiding van het materiële wetsbegrip met 'de burgers helpende rechtsregels; al de regels waardoor voorzieningen ten behoeve van de burger worden opgericht en waarbij de voorwaarden worden gesteld waaronder de burger een individuele of collectieve (denk aan subsidiewezen) aanspraak op die voorzieningen krijgt'.³⁵ Genoemde auteurs wijzen erop dat het verkrijgen van vergunningen, vrijstellingen, erkenningen, uitkeringen, bijdragen, subsidies en belastingaftrek voor burgers, instellingen en bedrijven van enorm belang is. En ook in het kader van dit positieve overheidsoptreden vindt gedragsbeïnvloeding plaats, met name via het verbinden van voorschriften aan vergunningen, subsidies e.d. Dit betekent dat de waarden rechtsgelijkheid en rechtszekerheid juist hier van wezenlijk belang zijn.

Hirsch Ballin voelt niets voor 'een herformulering van het legaliteitsbeginsel, namelijk in die zin dat voor elke administratiefrechtelijke rechtsbetrekking een wettelijke grondslag wordt geëist'.³⁶ Hij is van mening dat het traditionele legaliteitsbeginsel in combinatie met de in de herziene Grondwet tot uitdrukking komende 'wetsvoorbehouden' en de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (met name het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwens/rechtszekerheidsbeginsel) een voldoende grondslag bieden voor vertrouwen op het recht. Niet alleen het geschreven recht (wettelijke voorschriften) is van belang voor de uitoefening en toetsing van bestuursoptreden, maar ook het ongeschreven recht (algemene beginselen van behoorlijk bestuur) speelt daarbij een belangrijke rol. Het wetmatigheidsvereiste wordt getransformeerd tot het rechtmatigheidsvereiste.

Konijnenbelt is van mening dat, voor wat betreft de vraag in hoeverre uitbreiding van het klassieke wetmatigheidsvereiste nodig is, aangesloten moet worden 'bij de ratio achter het legaliteitsbeginsel: de wens tot regulering van inbreuken van overheidswege. Die eis, oorspronkelijk alleen betrekking hebbende op de Eingriffsverwaltung, zou ik tot de Leistungsverwaltung willen uitbreiden voor zover deze tevens Eingriffsverwaltung is'.³⁷ Zowel Hirsch Ballin als Konijnenbelt wijzen op het gevaar van een verabsolutering en radicalisering van de wetmatigheidseis. Dit zou kunnen leiden tot het toekennen van zeer algemene, ruime discretionaire bevoegdhe-

34 Zie F.R. Böhrling, *De rechtsstaat Nederland*, Alphen aan den Rijn 1958 en J.L.H. Cluysenaar, *Recht in de welvaartsstaat*, Groningen 1959.

35 Donner, *a.w.*, p. 15.

36 Hirsch Ballin, *a.w.*, p. 16. In de Duitse literatuur wordt een dergelijke herformulering 'Totalvorbehalt' genoemd. Zie uitgebreider in hoofdstuk 6 van dit boek.

37 Van Wijk en Konijnenbelt, *t.a.p.*

den aan bestuursorganen. 'Zulke blanketwetgeving biedt geen of vrijwel geen waarborg voor de burger, legitimeert het bestuursoptreden alleen formeel'.³⁸ Hiermee komen we op een cruciaal punt; de delegatie en attributie van bevoegdheden door de wetgever (in formele zin) aan lagere wetgevers en bestuursorganen. De wetgever beperkt zich tot het maken van raam- of kaderwetten³⁹, waarin niet of nauwelijks gedragsnormen gericht tot burgers staan, maar vele bevoegdheidsscheppende bepalingen gericht tot andere overheidsorganen. Deze bevoegdheidsscheppende rechtsnormen kunnen bepalingen bevatten die de uitoefening van de bevoegdheid beperken c.q. conditioneren.⁴⁰ Deze beperking of conditionering kan van materiële aard zijn; aangegeven wordt bijvoorbeeld het onderwerp van de regeling, het besluit, de doelstelling ervan, het gedrag dat kan worden genormeerd, de rechtssubjecten die het kan betreffen. Ook kan deze conditionering/beperking van meer formele aard zijn; het orgaan dat de bevoegdheid krijgt wordt aangegeven en de totstandkomingsprocedure van het besluit (advisering, overleg, inspraak, rechtsbescherming). Aan dit punt zou mijns inziens door de wetgever(s) meer aandacht besteed moeten worden, met name aan de materiële conditionering/beperking van bevoegdheden. Interessant in dit verband is de bepaling in de Duitse grondwet die inhoudt dat bij delegatie van regelgevende bevoegdheden door de wetgever aan bestuursorganen 'in dem ermächtigenden Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmass den erteilten Ermächtigung bestimmt sein müssen' (artikel 80 I 1 GG).⁴¹

De commissie pleit in het Eindrapport voor een zekere aanpassing en uitbreiding van het legaliteitsbeginsel. Dit blijkt ook uit de door haar opgestelde 'aanwijzingen wetgevingsvraagstukken'. Ze stelt onder andere dat het primaat van de wet uitgangspunt dient te zijn en dat delegatie en subdelegatie voldoende moeten worden gemotiveerd.⁴² In de wet dienen naar de mening van de commissie ten minste de structurele elementen van een regeling en de voorschriften van meer belangrijke aard die niet

38 Van Wijk en Konijnenbelt, *t.a.p.*

39 Vergelijk D.W.P. Ruiter, Kloven in het bestuursrecht, *Bestuurswetenschappen* 1978, p. 352-370.

40 Zie G.H. Addink en J.D.M. Steenbergen, Beperkingen van bevoegdheden: een onderzoek van administratieve wetgeving, *Bestuurswetenschappen* 1985, p. 430-442 en H. van der Sluijs, De Tweede Kamer en wetgeving, *RegelMaat* 1986, p. 55 en 56. Ook in hoofdstuk 2 van dit boek kwam dit onderwerp aan de orde.

41 Zie Achterberg, *a.w.*, p. 99 en 100. Ook in de subdelegatie van de bevoegdheid moet in de wet zelf voorzien zijn (artikel 80 I 3 GG). Zie uitgebreider in hoofdstuk 6 van dit boek.

42 Aanwijzing nr 1, *Eindrapport*, p. 64.

regelmatig wijziging behoeven te worden neergelegd.⁴³ De verdere uitwerking en uitvoering van de wettelijke regels kan worden gedelegeerd. Elke delegatie dient nauwkeurig te worden omschreven.⁴⁴ Met de strekking van deze aanbevelingen van de commissie ben ik het eens. Het traditionele legaliteitsbeginsel, dat slechts geldt voor beperkingen van vrijheid en eigendom van burgers geeft in onze moderne verzorgingsstaat geen voldoende garantie meer voor een centrale positie van de wetgever. Een aangepast legaliteitsbeginsel, in die zin dat de wetgever zelf de structurele elementen en belangrijkste voorschriften moet geven (ook als het gaat om positief, presterend overheidsoptreden), gecombineerd met de eis dat delegatiebepalingen nauwkeurig moeten worden omschreven en geclausuleerd, lijkt mij hiertoe beter geschikt. Wel blijft het noodzakelijk dat de ideeën en aanbevelingen van de commissie verder uitgewerkt en verdiept worden. De relatie tussen inhoudskenmerken en vormkenmerken van besluiten c.q. regelingen zal in deze centraal moeten staan.

4 Slotopmerkingen

Waar het in de discussie uiteindelijk om gaat is de gewenste taak- en competentieverdeling tussen wetgevende, besturende en rechterlijke organen. Deze moet gericht zijn op de realisering van rechtsstatelijke waarden, met name op de beginselen rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, en democratische waarden. Algemene voorschriften van (rechtstreeks) democratisch gelegitimeerde organen zullen daarom uitgangspunt moeten zijn en blijven. Ongeschreven rechtsnormen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn evenzeer van belang. Aanvullend op de wettelijke voorschriften vervullen ze de rol van beslissingsnormen ten aanzien van concrete gevallen voor het bestuur en toetsingsnormen voor de rechter.⁴⁵ Dit alles betekent geenszins dat bestuursorganen geen beleidsruimte c.q. beoordelingsvrijheid meer zullen (mogen) hebben en dat zij verworden tot mechanische wetstoepassers. Dit is wenselijk noch mogelijk. Bij de concretisering van algemene, abstracte normen is er per definitie een zekere mate van beoordelingsvrijheid.

Ik ben van mening dat de commissie Wetgevingsvraagstukken met haar Eindrapport 'Orde in de regelgeving' een waardevolle bijdrage heeft

43 Aanwijzing nr 2, *Eindrapport*, p. 64.

44 Aanwijzing nr 3, *Eindrapport*, p. 64.

45 Zie Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, p. 109.

geleverd in het kader van het denken over de waarborg-functie van het recht. De uitgangspunten, de probleemstelling en de aanpak van de commissie spreken mij aan. Bij de uitwerking hiervan heb ik op bepaalde punten enkele kanttekeningen gemaakt. In mijn bespreking van het rapport heb ik de nadruk gelegd op bepaalde aangegeven onderdelen, aan tal van andere elementen uit het rapport ben ik hiermee voorbijgegaan. Ik denk dat dit Eindrapport een belangrijke en blijvende rol zal spelen in de discussie over regelgeving. Het gaat mij echter te ver te veronderstellen dat de regelgeving met dit rapport geordend is. Er blijft nog veel werk te doen!

Het primaat van de wetgever*

Kabinetstandpunt ten aanzien van 'Orde in de regelgeving'

1 Inleiding

Het kabinet heeft zijn standpunt bepaald inzake het Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken (*Kamerstukken II* 1986-1987, 20 038, nrs. 1 en 2). Dit Eindrapport werd op 10 december 1985 uitgebracht onder de titel *Orde in de regelgeving*. De commissie (onder voorzitterschap van J.M. Polak) onderzocht het gebruik van de verschillende vormen van regelgeving bij de *centrale* overheid en formuleerde op basis daarvan concepten voor 'Aanwijzingen Wetgevingsvraagstukken'.¹ Het Eindrapport heeft nogal wat reacties en commentaren² uitgelokt, het kabinetstandpunt nog niet. Het kabinet lijkt het rapport van de commissie in hoofdzaak te omhelzen, maar komt op een aantal punten toch met een niet onbelangrijk verschil in uitgangspunt dan wel uitwerking. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van het gebruik van hardheidsclausules in wettelijke regelingen en de mogelijkheden en wenselijkheden van delegatie van wetgevende bevoegdheid.

Gezien het belang voor de theorie en de praktijk van wetgevingsvraagstukken wordt in dit hoofdstuk ingegaan op deze punten van verschil tussen kabinet en commissie. Het spreekt vanzelf dat het binnen het bestek van dit hoofdstuk onmogelijk is alle aspecten van het kabinetstandpunt aan de orde te stellen. Aan het einde van dit hoofdstuk wordt nog kort ingegaan

* De inhoud van dit hoofdstuk is eerder gepubliceerd in *Bestuurswetenschappen* 1988, p. 72-85.

1 Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, 's-Gravenhage, 1985, p. 64-67.

2 Zie R.J. Jue, Orde in beleidsregels en orde in plannen, *Tijdschrift voor openbaar bestuur* 1986, p. 167-171 en p. 220-223, W. Konijnenbelt, Ordnung musz sein: het eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, *RegelMaat* 1986, p. 42-45, H. Bolt en D. Lubach, Over het eindrapport Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Bestuur* 1986, p. 200-203, D.W.P. Ruiters, Beleidsregels zijn algemeen verbindende voorschriften, *Bestuurswetenschappen* 1986, p. 65-70, Reactie van F.H. van der Burg, Welke visie is riskanter?, *Bestuurswetenschappen* 1986, p. 503 e.v. Zie voor een zeer recente bijdrage over zowel het eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken als het kabinetstandpunt I.C. van der Vlies, Wetgevingsvraagstukken, *Ars Aequi* 1987, p. 775-780. Zie ook hoofdstuk 4 van dit boek.

op de maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat het kabinetsstandpunt ook werkelijk wordt uitgevoerd.

2 Onderscheiden soorten³ van regelgeving

In het Eindrapport worden onder deze noemer het karakter en het gebruik van algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels, plannen, nota's en circulaires beschreven en becommentarieerd. Over de laatste drie figuren wordt in het kabinetsstandpunt weinig opgemerkt. Het kabinet kan instemmen met de aanbevelingen van de commissie en verwijst naar eerder ingenomen standpunten en naar de aanwijzingen die zijn of worden geformuleerd omtrent het gebruik van plannen, nota's en circulaires. (Voor plannen wordt verwezen naar het regeringsstandpunt ten aanzien van het rapport *Carnavalstocht der planprocedures* (Kamerstukken II 1985-1986, 19 579, nrs. 1 en 2) en de Aanwijzingen inzake planprocedures⁴ (vastgesteld in de ministerraad op 5 juni 1987), voor nota's naar het standpunt ter zake van het *Rapport onderzoek van de organisatie en de werkwijze der Kamer* en naar de nog te formuleren aanwijzingen inzake nota's en voor circulaires naar de Algemene aanwijzingen voor de rijksdienst omtrent het gebruik en de inrichting van circulaires (*Stcrt.* 1986, 116).

2.1 Algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels

In het kabinetsstuk wordt wel tamelijk uitvoerig stilgestaan bij de overeenkomsten en verschillen tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Ten aanzien van dit omstreden vraagstuk is gekozen voor een praktische benadering. Men spreekt zich niet uit voor een bepaalde definitie van algemeen verbindende voorschriften respectievelijk beleidsregels.⁵ Gesteld wordt dat de invulling van deze begrippen en de plaatsbe-

3 Voor het inconsistente en onzuivere gebruik van de termen vormen van regelgeving en soorten van regelgeving en het mede daardoor veroorzaakte gebrek aan samenhang tussen de hoofdstukken 2 en 3 van het Eindrapport verwijs ik naar de inhoud van hoofdstuk 4 van dit boek.

4 Voor het gebruik van plannen kan worden gewezen op de Algemene aanwijzingen voor de rijksdienst betreffende terughoudendheid met planverplichtingen en planprocedures gericht tot lagere overheden, *Stcrt.* 218 van 11 november 1987.

5 In het Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken werden de begrippen algemeen verbindend voorschrift en beleidsregel wel gedefinieerd. Zie *Eindrapport*, p. 19-22.

paling binnen de dogmatiek een zaak is voor de rechtswetenschap (p. 2 van het kabinetsstandpunt).

Kortmann⁶ heeft drie gangbare opvattingen onderscheiden ten aanzien van de plaatsbepaling van beleidsregels ten opzichte van algemeen verbindende voorschriften/wetten in materiële zin en het begrip 'recht' in de zin van artikel 99 RO. De eerste opvatting houdt in een gelijkstelling van (bepaalde typen) beleidsregels met extern werkende algemeen verbindende voorschriften of wetten in materiële zin. In de tweede opvatting kunnen beleidsregels (onder omstandigheden) als 'recht' in de zin van artikel 99 RO worden beschouwd, doch niet als algemeen verbindende voorschriften. Aanhangers van de derde stroming wensen beleidsregels niet gelijk te stellen met algemeen verbindende voorschriften, noch te beschouwen als 'recht' (artikel 99 RO), maar slechts als 'bekendgemaakt beleid'. Ik heb de indruk dat in de jurisprudentie op dit moment de tweede opvatting tot uitdrukking komt (zie Avanti-arrest, HR 11 oktober 1985, *AB* 1986, 84, met noot Van der Burg, *AA* 1986, p. 493-501, met noot Hirsch Ballin).

Het kabinet stelt: 'Beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften vertonen in de rechtspraktijk grote gelijkenis: het gaat om regels die zijn geschreven om te worden opgevolgd. Bij de toepassing van de regels wordt evenwel in bepaalde opzichten onderscheid gemaakt'. (p. 7 van het kabinetsstandpunt.) Drie verschilpunten worden genoemd.

Het eerste punt van verschil is gelegen in de mogelijkheid tot het maken van uitzonderingen. Het bestuur mag en moet onder bijzondere omstandigheden een uitzondering maken op het gestelde in de beleidsregel; dit wordt wel aangeduid met de term inherente afwijkingsclausule.⁷ Afwijking van algemeen verbindende voorschriften door bestuursorganen is niet of nauwelijks⁸ mogelijk. Opgemerkt wordt dat het in een beleidsregeling niet noodzakelijk is om een hardheidsclausule op te nemen om in bijzondere gevallen van de regeling te kunnen afwijken. In algemeen verbindende voorschriften moet wel een (anti-)hardheidsbepaling worden opgenomen die de bevoegdheid tot het maken van uitzonderingen verleent, wanneer

6 C.A.J.M. Kortmann, Avanti rijp voor de sloop? Wet en recht in artikel 99 RO, *RM Themis* 1987, p. 369-382.

7 Zie J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer 1983, p. 195 e.v.

8 De mogelijkheid van contra legem-werking van bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur (vertrouwensbeginsel en gelijkheidsbeginsel) wordt door sommige rechterlijke colleges onder bijzondere omstandigheden wel aanvaard. De belastingkamer van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep; zie bijvoorbeeld HR 12 april 1978, *NJ* 1979, 533, met noot van M. Scheltema, en CRvB 11 september 1980, *AB* 1981, 233. In de jurisprudentie van andere colleges (burgerlijke kamer van de Hoge Raad en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State) treffen we (vrijwel) geen voorbeelden.

dat onder omstandigheden noodzakelijk lijkt (p. 2 en 3 van het kabinetsstandpunt). Op dit punt en met name op de betekenis van hardheidsclausules kom ik in het vervolg van deze paragraaf nog terug.

Als tweede punt van onderscheid wordt genoemd de toetsing door de rechter. Beleidsregels worden door rechters zo nodig aan ongeschreven rechtsbeginselen getoetst, bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan ongeschreven rechtsbeginselen wordt een grotere terughoudendheid betracht (p. 3 van het kabinetsstandpunt). Bij het vraagstuk van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de rechter⁹ moeten we onderscheid maken tussen wetten in formele zin en produkten van lagere wetgevers. De toetsing van wetten in formele zin aan ongeschreven rechtsbeginselen is niet in strijd met de tekst van artikel 120 van de Grondwet, echter wel met de strekking van deze grondwettelijke bepaling.¹⁰

De toetsing van lagere wetten wordt begrensd door het bepaalde in artikel 11 van de Wet algemene bepalingen. Dit heeft de rechter niet kunnen weerhouden van toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel (bijvoorbeeld CRvB 6 december 1979, *AB* 1980, 628, met noot Van der Net, en al heel vroeg in de zaak van de Utrechtse secretaris, CRvB 31 oktober 1935, *ARB* 1936, 168) en sinds het landbouwluchtvaart-arrest aan het verbod van willekeur (HR 16 mei 1986, *AB* 1986, 574, met noot Van Buuren). Aan de toetsing van beleidsregels door rechters zijn geen beperkingen gesteld. Overigens kan uit de jurisprudentie worden opgemaakt dat rechters toch geneigd zijn beleidsregels met enig respect te benaderen.¹¹

Een laatste verschilpunt, dat in het kabinetsstuk wordt genoemd, betreft het vereiste van bekendmaking. Ingevolge de op artikel 89 van de Grondwet gebaseerde Bekendmakingswet moeten algemeen verbindende voorschriften afkomstig van organen van de centrale overheid in de Staatscourant of in een andere vanwege de overheid algemeen verkrijgbaar gestelde publikatie worden gepubliceerd.¹² Een algemene eis van bekendmaking van beleidsre-

9 Zie over dit onderwerp de preadviezen voor de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging van 1987. P.J.J. van Buuren en J.E.M. Polak, *De rechter en onrechtmatige wetgeving*, Zwolle 1987.

10 Vergelijk M.R. Mok, Rechterlijke toetsing van wetgeving, in: P. Nicolai e.a., *Recht op scherp* (Duk-bundel), Zwolle 1984, p. 55 en 56 en J.H. van Kreveld, Het verkleinen van de juridische verschillen tussen beleidsregels en daarmee verwante wettelijke voorschriften, in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Staatkundig Jaarboek*, Nijmegen 1985, p. 310, en ook Van Buuren, *a.w.*, p. 56.

11 Zie Van Kreveld, *a.w.*, p. 306 en 307 en H.D. van Wijk en W. Konijnenbelt *Hoofdstukken van administratief recht*, 's-Gravenhage 1984, p. 73-75.

12 Vergelijk Van Kreveld, *a.w.*, p. 306 en 307, en Van Wijk/Konijnenbelt, *a.w.*, p. 73-75.

gels kennen we niet.¹³ Het ligt voor de hand dat de commissie die zich bezighoudt met de voorbereiding van een Algemene wet bestuursrecht zich buigt over de vraag of er een publikatieplicht voor beleidsregels moet komen — mij lijkt dit absoluut noodzakelijk — en hoe een dergelijke verplichting precies vorm te geven.

2.2 Hardheidsclausules

Terug nu naar het eerst genoemde en wellicht belangrijkste punt van verschil tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels: de mogelijkheid tot het maken van uitzonderingen, de bevoegdheid tot afwijking van de regeling. Aan beleidsregels is deze bevoegdheid inherent. In wettelijke regelingen kan een dergelijke bevoegdheid worden gecreëerd door het opnemen van een zogenaamde (anti-)hardheidsclausule. Het bekendste voorbeeld van een dergelijke bepaling treffen we in artikel 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen: 'Onze minister is bevoegd voor bepaalde gevallen of groepen van gevallen tegemoet te komen aan onbillijkheden van overwegende aard, welke zich bij de toepassing van de belastingwet mochten voordoen'.

De Commissie Wetgevingsvraagstukken pleit in haar Eindrapport voor het opnemen van hardheidsclausules in belastingwetten en sociale- en volksverzekeringswetten, dit met de bedoeling te komen tot legalisering van een van de wet afwijkende bestuurspraktijk, die soms zelfs is neergelegd in tegen-wettelijke beleidsregels. 'De commissie beveelt daarom aan in de wetgeving op de betrokken beleidsgebieden (algemene) hardheidsclausules voor bijzondere gevallen op te nemen. Door zulks bij de eerste gelegenheid van wetswijziging te doen, wordt voorkomen dat het ontstaan en voortbestaan van een van de wet afwijkende bestuurspraktijk (en beleidsregels omtrent de uitoefening daarvan) als een normaal juridisch verschijnsel gaat worden beschouwd. Daarmee zou de heerschappij van de wetgever op een hellend vlak worden gezet'.¹⁴

De benadering van deze problematiek door de commissie is al te simpel.¹⁵ Weliswaar krijgt een aanvankelijk tegenwettelijke bestuurspraktijk

¹³ Wel blijkt uit jurisprudentie dat het ontbreken van (een bepaalde wijze van) publikatie soms rechtsgevolgen kan hebben. Zie bij Van Kreveld, *a.w.*, p. 311 en 312.

¹⁴ Commissie Wetgevingsvraagstukken, *a.w.*, p. 25.

¹⁵ Vergelijk M. Schreuder-Vlasblom, De harde wet en haar zachte kant; enige opmerkingen over hardheidsclausules, *Bestuurswetenschappen* 1987, p. 100-117, en J.H. van Kreveld, Bespreking van het rapport contra legem-uitvoering in het sociaal zekerheidsrecht, *RegelMaat* 1986, p. 178-180.

door het in de wet opnemen van een (algemene) hardheidsclausule formeel een wettelijke grondslag, maar vanuit een oogpunt van het primaat van de wetgever schieten we er niet veel mee op. De ratio van het primaat van de wetgever is toch dat het hoogste democratisch gelegitimeerde orgaan op grond van een zorgvuldige afweging tot een zo goed mogelijke, inhoudelijke normering van het te voeren beleid en bestuur komt, zodat er een bepaalde mate van rechtszekerheid kan ontstaan bij de personen en organisaties die met dat beleid en bestuur geconfronteerd (kunnen) worden.

Uit het kabinetsstandpunt blijkt een beter overwogen standpunt ten aanzien van de mogelijkheden en beperkingen van het gebruik van hardheidsclausules in wettelijke regelingen. Het opnemen van dergelijke bepalingen dient naar het oordeel van het kabinet als een uiterste mogelijkheid te worden beschouwd. In beginsel dient het beleid van tevoren zo goed te zijn doordacht dat het in zijn geheel in wettelijke regels zijn neerslag kan vinden (p. 4 van het kabinetsstandpunt). Als blijkt dat het opnemen van een hardheidsclausule onvermijdelijk is, moet zij zoveel mogelijk worden genormeerd naar de soort gevallen die er onder kunnen worden gebracht (p. 4 van het kabinetsstandpunt). Zijn de gevallen om welke het zal gaan geheel niet te overzien, dan kan na ervaring met de uitvoering van de wet aanpassing van de regeling volgen.

Een recent voorbeeld van oneigenlijk gebruik van een hardheidsclausule vinden we in de Wet studiefinanciering. Artikel 131 van die wet bepaalt: 'Onze Minister is bevoegd voor bepaalde gevallen of groepen van gevallen tegemoet te komen aan onbillijkheden van overwegende aard, die zich bij de toepassing van deze wet mochten voordoen'. Reeds bij de parlementaire behandeling werden (groepen van) gevallen genoemd, waarbij toepassing van de hardheidsclausule overwogen zou moeten worden.¹⁶ De minister ging zelfs zo ver dat hij tijdens de behandeling een toezegging deed de hardheidsclausule te zullen toepassen om zo 'de weigerachtigheidsclausule uit het oude stelsel voort te zetten'.¹⁷ Toezeggingen over het gebruik van een hardheidsclausule door de minister die dienen als wisselgeld in de parlementaire discussie.

Het is evident dat het in casu niet gaat om een bevoegdheid tot afwijken van wettelijke bepalingen in gevallen die door de wetgever niet zijn

16 *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 125, nrs. 14 en 15 (p. 50 en 61). Zie voor een bespreking van de hardheidsclausule in de WSF, P. Zoontjens, *Materiaal voor studiedag Beroepsgang en hardheidsclausule van de WSF* (gehouden op 15 januari 1987, Katholieke Universiteit Brabant).

17 Brief van de Minister van Onderwijs en Wetenschappen aan de Vaste commissie voor onderwijs en wetenschappen van de Tweede Kamer d.d. 13 oktober 1986, p. 8.

voorzien. Het gegeven dat in het kader van de Wet studiefinanciering de Commissie van beroep studiefinanciering de uitoefening van de discretionaire bestuursbevoegdheid, het al dan niet toepassen van de hardheidsclausule in individuele gevallen, door de minister kan beoordelen doet niet af aan de onwenselijkheid van een dergelijk gebruik van hardheidsclausules in een wettelijke regeling. Het schept rechtsonzekerheid voor de groepen van studenten die eigenlijk, volgens de wettelijke bepalingen, geen aanspraak kunnen maken op een beurs en maar moeten afwachten of de minister bereid zal zijn de hardheidsclausule toe te passen. Bovendien laat het wel erg veel beslissingsvrijheid bij de minister, terwijl we toch te maken hebben met belangrijke rechten van burgers.

Het beste alternatief zou zijn geweest het beleid ten aanzien van de genoemde categorieën van zogenaamde probleemgevallen in de wet neer te leggen. Een andere mogelijkheid zou zijn geweest de bevoegdheid tot regelgeving ten aanzien van de desbetreffende onderwerpen te delegeren aan de Kroon of de minister (eventueel via de methode van gecontroleerde delegatie). Voor de gevallen waarin de moeilijkheden de overgang van de oude naar de nieuwe wet betreffen, zouden overgangsbepalingen in de wet kunnen worden opgenomen. Een uiterste mogelijkheid, alleen voor gevallen waarin de effecten van uitvoering van een bepaald beleid echt onvoldoende te overzien zijn, is dat de wetgever machtiging verleent om, in een soort van experimenteerfase, tijdelijk van de wet af te wijken ten einde het ontwikkelen van een nieuw beleid mogelijk te maken (zie ook p. 4 van het kabinetsstandpunt). Absolute voorwaarde is wel dat een dergelijke machtiging een horizonbepaling bevat, inhoudende dat de machtiging na een bepaalde (niet al te lange) tijd ophoudt te gelden en dat er vanaf dat moment een wettelijke regeling van het beleid moet komen.

3 Delegatie van wetgeving

In een hoofdstuk met deze titel besprak de commissie in haar Eindrapport de problematiek betreffende de keuze tussen de wet en lagere vormen van regelgeving van de centrale overheid (de algemene maatregel van bestuur, het 'klein' koninklijk besluit en de ministeriële regeling) bij het totstandbrengen van algemeen verbindende voorschriften. In hoeverre is het mogelijk en wenselijk dat de wetgever in formele zin de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften delegeert aan lagere regelgevers op het niveau van de centrale overheid (de Kroon, een minister)? Een vergelijking van de standpunten van de Commissie Wetgevingsvraag-

stukken en het kabinet leert dat ze weliswaar tot vergelijkbare conclusies komen, echter op basis van principieel verschillende redeneringen. Zowel in *Orde in de regelgeving* als in het kabinetsstuk wordt uitgegaan van het primaat van de wetgever. De formele wetsprocedure biedt de beste democratische grondslag, gezien de mede vaststelling door beide kamers der Staten-Generaal, en houdt ook verder de beste waarborgen in zich met het oog op de kwaliteit van het eindprodukt. (Uitgebreide voorbereidingsprocedure in verschillende fasen, openbare behandeling in beide kamers, advisering door de Raad van State.)

Bij de invulling van dit primaat van de wetgever ontstaat er verschil in opvatting. De commissie stelt: 'Dit primaat behoort steeds het uitgangspunt te zijn. In zijn uiterste consequentie zou dit betekenen dat alle algemeen verbindende voorschriften bij de wet worden vastgesteld. Deze consequentie is echter om verschillende redenen niet haalbaar'.¹⁸ Als voornaamste reden wordt dan genoemd de beperkingen aan de capaciteit van de wetgever. In het kabinetsstuk wordt deze opvatting verworpen: 'Met deze benadering wekt de commissie de indruk als zou delegatie van regelgeving door de wetgever een voorziening zijn waartoe noodgedwongen een toevlucht moet worden genomen. Deze zienswijze acht het kabinet niet juist. Het primaat van de wetgever betekent dat de wetgever zelf alle hoofdelementen van een regeling moet vaststellen. Het is niet de taak van de wetgever de regeling van onderwerpen die complex van karakter zijn, tot in de kleinste details vast te stellen.' (p. 6)

Bij de commissie treffen we dus het beeld van delegatie van regelgevende bevoegdheid als een noodzakelijk kwaad. Gegeven de situatie dat niet te ontkomen valt aan dit fenomeen, moeten we criteria formuleren die richtinggevend zijn voor de keuze tussen regeling bij wet of delegatie van regelgevende bevoegdheid aan de Kroon of een minister. Het kabinet huldigt het standpunt dat delegatie van regelgevende bevoegdheid een normaal en ook positief te waarderen verschijnsel is, mits recht wordt gedaan aan de taakverdeling tussen de wetgever en de bestuursorganen, die tevens kunnen optreden als lagere wetgevers. 'Delegeren is mede het op juiste wijze toedelen van bevoegdheden aan een bestuursorgaan ten aanzien van taken die niet des wetgevers zijn.' (p. 6 van het kabinetsstandpunt)

Ondanks dit verschil in uitgangspunt liggen de conclusies van de commissie en het kabinet niet ver uit elkaar. In het Eindrapport van de commissie wordt gesteld dat uit het axioma van het primaat van de wetgever een algemene norm kan worden afgeleid, die inhoudt dat de wet ten minste

18 Commissie Wetgevingsvraagstukken, a.w., p. 42.

zowel de reikwijdte en de hoofdlijnen van een regeling als de belangrijkste naar buiten werkende voorschriften behoort te bevatten.’¹⁹ (In het vervolg van het rapport wordt gesproken over de reikwijdte, de structurele elementen en de voornaamste duurzame normen)

Het kabinet is van mening dat de wetgever de hoofdlijnen van beleid zelf in de regels moet neerleggen. Dit impliceert dat duidelijkheid verschaft moet worden over het bereik van de regeling, de normen die de wetgever wenselijk acht, over de toepassing en handhaving van die normen en over de institutionele voorzieningen die de wetgever ter zake wenselijk oordeelt. (p. 6 van het kabinetsstandpunt) Een relativerende kanttekening wordt geplaatst bij de conclusie van de commissie die inhoudt dat de wetgever zelf de voornaamste duurzame normen moet vastleggen. Soms is het, naar het oordeel van het kabinet, niet duidelijk wat onder ‘voornaamste duurzame normen’ moet worden verstaan en soms verdient het, vanuit een oogpunt van toegankelijke regelgeving, de voorkeur de integrale materiële normstelling in een lagere regeling neer te leggen. ‘De taak van de wetgever is dan beperkt tot het entameren van beleid, het attribueren van bevoegdheden en het bieden van een kader waarbinnen de lagere regelgever zich moet begeven.’ (p. 6)

3.1 Eigen opvatting

Ik zou het pleidooi van de commissie voor meer materiële normstelling bij wet, zeker als het de hoofdlijnen van beleid betreft, willen ondersteunen. Op deze wijze en door een zorgvuldige besluitvorming bij de eventueel noodzakelijke toedeling en normering c.q. clausulering van bevoegdheden wordt een kader geschapen voor de uitoefening van gedelegeerde of geattribueerde bevoegdheden door andere organen en kan het primaat van de wetgever naar mijn mening het best worden gerealiseerd.²⁰

Uit de redenering van het kabinet en uit de conclusies van zowel commissie als kabinet blijkt een opvatting over de taak en bevoegdheid van de wetgever, en daarmee impliciet ook over een materieel wetsbegrip, die gelijkenis vertoont met de opvatting die al in het begin van deze eeuw door Struycken werd verkondigd.²¹ De wetgever behoort niet slechts de

19 Commissie Wetgevingsvraagstukken, *a.w.*, p. 43 en 44. Zie ook de concept-Aanwijzingen wetgevingsvraagstukken nrs. 2 en 3, p. 64.

20 Zie ook hoofdstuk 4 van dit boek.

21 Zie A.A.H. Struycken, *Verzamelde werken, eerste deel, staatsrechtelijke en administratief-rechtelijke opstellen*, Arnhem 1924. Met name het opstel over het wetsbegrip, p. 61-69 (van 22 januari 1918).

normen te stellen die burgers iets gebieden of verbieden en die door straffen gehandhaafd kunnen worden (klassieke legaliteitsbeginsel), maar behoort ook normerend op te treden op andere terreinen van overheidszorg. In het bijzonder wordt dan gedacht aan de positief optredende overheid, die met behulp van subsidies poogt allerlei doelstellingen van beleid te realiseren. De afhankelijkheid van organisaties en burgers van deze vorm van overheidsbeleid is in onze moderne verzorgingsstaat dermate groot dat van de wetgever verwacht mag worden dat hij de hoofdlijnen van dit beleid vastlegt.

Uitwerkingen van de taak van de wetgever die verwantschap vertonen met deze gedachte zijn verder: de wetgever moet de ingrijpende besluiten nemen,²² wezenlijke bepalingen behoren door de wetgever zelf te worden vastgesteld,²³ het gaat om een functionele keuze van het normstellingsniveau²⁴ en de identificatie van het beginsel van het juiste orgaan als een beginsel van behoorlijke regelgeving.²⁵ Ik ben van mening dat een dergelijke gedachtenvorming over de taak van de wetgever als positief gewaardeerd moet worden. Verdere uitwerking is echter noodzakelijk.

3.2 *Betekenis van grondwettelijke bepalingen*

Als de mogelijkheid en wenselijkheid van delegatie van wetgeving besproken wordt, kan natuurlijk niet voorbij gegaan worden aan de betekenis van de Grondwet in dat verband. In bepalingen van de nieuwe Grondwet wordt door een systematisch gebruik van bepaalde termen aangegeven of delegatie van de wetgevende bevoegdheid mogelijk is of niet. Dit is wel het geval als in de Grondwet gebruik is gemaakt van enigerlei vorm van het werkwoord 'regelen', van de zelfstandige naamwoorden 'regels' en 'regeling' of van de term 'bij of krachtens'. In alle andere gevallen is delegatie niet mogelijk. De Commissie Wetgevingsvraagstukken merkt

22 In de overwegingen van de Hoge Raad in het fluorideringsarrest, HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, met noot Bloembergen. Zie ook I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, 's-Gravenhage 1984, p. 100 e.v.

23 In de jurisprudentie van het 'Bundesverfassungsgericht' in Duitsland komt de zogenaamde 'Wesentlichkeitstheorie' tot uitdrukking. Zie ook Ph. Eijlander, *Buitenlandse kroniek, Bestuurswetenschappen* 1987, p. 281-284. Voor een uitgebreide bespreking van deze en andere jurisprudentie inzake het voorbehoud van de wet verwijs ik naar hoofdstuk 6 van dit boek.

24 Zie E.M.H. Hirsch Ballin, *Recht op beleidsregels en beleidsregels als recht, Ars Aequi* 1986, p. 500. Hij stelt daar: 'Het hangt van de aard en het gewicht van de door de normstelling geraakte belangen af welk niveau van normstelling vereist is'.

25 Zie I.C. van der Vlies, *Handboek wetgeving*, Zwolle 1991, p. 154-157.

terecht op dat de grondwettelijke terminologie slechts antwoord geeft op de hoofdvraag of delegatie al dan niet mogelijk is, tal van andere vragen blijven in de Grondwet onbeantwoord.²⁶ (Zoals de mate van toegestane delegatie, en de vraag aan welke organen eventueel gedelegeerd kan worden.)

Van groot belang is de vraag wat de precieze betekenis en reikwijdte is van een grondwettelijk delegatieverbod. De opvatting van de commissie kan worden geconstrueerd uit de twee volgende passages uit het Eindrapport. '(...) een delegatieverbod verplicht de wetgever ertoe zelf de hoofdzaken vast te leggen en staat er niet aan in de weg dat de regeling van bijzaken aan lagere wetgevers wordt overgelaten'.²⁷ En: 'In die gevallen waarin de Grondwet aan de wetgever verbiedt een hem toegekende bevoegdheid aan een lager orgaan te delegeren, houdt dit verbod in dat de wetgever niet door het gebruik van veel beoordelingsruimte biedende formuleringen de hem opgedragen taak in feite aan een lager orgaan mag overlaten'.²⁸ Een grondwettelijk delegatieverbod impliceert, naar de mening van de commissie, niet dat de wetgever het stellen van bepaalde nadere regelen of uitvoeringsvoorschriften niet zou kunnen opdragen of overlaten aan lagere regelgevers. En een dergelijk verbod omvat niet slechts de delegatie van regelgevende bevoegdheid, maar tevens de attributie van discretionaire bestuursbevoegdheid²⁹ (met de impliciete bevoegdheid tot het stellen van beleidsregels).

In het kabinetsstuk wordt niet uitdrukkelijk ingegaan op deze laatste kwestie. Uit de passage waarin wordt gesteld dat het delegatieverbod in het bijzonder inhoudt dat de wetgever ten aanzien van het desbetreffende onderwerp geen regelgevende bevoegdheid mag overdragen (p. 7) blijkt toch een terughoudender opstelling. Het kabinet lijkt de commissie niet te volgen in de opvatting dat het in die gevallen ook niet mogelijk is discretionaire bestuursbevoegdheden toe te kennen in wettelijke regelingen.

Mij lijkt dat de opvatting van de commissie beter recht doet aan de gekozen invulling van het primaat van de wetgever. Als van de wetgever verwacht mag worden dat hij de belangrijkste beslissingen, de hoofdlijnen van beleid of de wezenlijke bepalingen zelf neemt c.q. vaststelt gaat het niet aan de beslissingsbevoegdheid ter zake uit handen te geven. Of dit dan geschiedt door delegatie van regelgevende bevoegdheid of attributie van

26 Commissie Wetgevingsvraagstukken, *a.w.*, p. 45 en 46.

27 Commissie Wetgevingsvraagstukken, *a.w.*, p. 45.

28 Commissie Wetgevingsvraagstukken, *t.a.p.*

29 Vergelijk C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer 1987, p. 25 e.v. en A.W. Heringa, *Grondwet en delegatie, RegelMaat 1987*, p. 76-79.

discretionaire bestuursbevoegdheid, het effect kan gelijk zijn. Ik besef dat deze invulling van het 'delegatiebegrip' afwijkend is van heersende opvattingen.³⁰ Echter, ook in de toelichtende stukken bij de herziening van de Grondwet wordt deze opvatting verwoord. 'In die gevallen, waarin de Grondwet aan de wetgever verbiedt een hem toegekende bevoegdheid aan een lager orgaan over te dragen, te delegeren, houdt dit verbod allereerst in dat de wetgever ten aanzien van het desbetreffende onderwerp geen regelgevende bevoegdheid mag overdragen. Ten einde het delegatieverbod tot zijn recht te laten komen zal daarin tevens het voorschrift moeten worden gelezen dat de wetgever niet door het gebruik van vage formuleringen ten aanzien van het desbetreffende onderwerp de hem opgedragen taak in feite aan een lager orgaan overlaat' (*Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 23). Beter is het dan ook niet te spreken van een grondwettelijk delegatiebegrip of van een grondwettelijke delegatieterminologie maar van de in de Grondwet tot uitdrukking gebrachte normering ten aanzien van de overdracht of toekenning van bevoegdheden door de wetgever aan andere organen.

Uit het vorenstaande blijkt dat de Grondwet slechts in beperkte mate garanties inhoudt ten aanzien van de realisering van het primaat van de wetgever. Wel laat de Grondwet alle ruimte aan de formele wetgever om zelf invulling te geven aan dit primaat. Juist daarom heeft de Commissie Wetgevingsvraagstukken geprobeerd criteria te formuleren die richtinggevend moeten zijn voor de beantwoording van de vraag of een bepaald onderwerp in de wet zelf geregeld moet worden of dat de wetgever terzake bevoegdheden kan overdragen of toekennen aan lagere regelgevers c.q. bestuursorganen.

3.3 *Uitwerking: het primaat van de wetgever en financiële aanspraken*

Een verdere uitwerking volgt als commissie en kabinet een aantal belangrijke soorten van algemeen verbindende voorschriften de revue laten passeren en daarbij aangeven welke voorschriften in de wet thuishoren en welke kunnen worden gedelegeerd. Aan de orde komen de volgende soorten van algemeen verbindende voorschriften: regels die rechten en verplichtingen van burgers ten opzichte van elkaar bevatten, het scheppen van strafbare feiten en bedreigen met straf, het onderwerpen van het handelen van burgers aan het verkrijgen van een vergunning, toestemming of ontheffing van het bestuur, aanspraken van financiële aard jegens de overheid, belastingen

³⁰ Zie ook Kortmann, *a.w.*, p. 26-29.

en heffingen vanwege het rijk, toedeling van bevoegdheden aan bestuursorganen, voorschriften die taken in medebewind opdragen aan andere openbare lichamen, voorschriften die de rechtsbescherming van de burgers betreffen en voorschriften van procedurele of administratieve aard.

Ik zal me hier beperken tot hetgeen commissie en kabinet opmerken ten aanzien van de vormgeving van het primaat van de wetgever bij de aanspraken van financiële aard jegens de overheid (uitkeringen en subsidies). De vraag of en, zo ja, op welke wijze subsidiebeleid in wettelijke regelingen behoort te worden neergelegd is dan in het geding. Gezien het belang voor en de afhankelijkheid van burgers en instellingen van subsidies en uitkeringen van overheidswege in onze verzorgingsmaatschappij is normstelling door de wetgever gewenst.

In *Orde in de regelgeving* wordt gesteld dat de wetgever de grondslag voor de uitkeringen of subsidies, de kring van in aanmerking komende personen en de verschillende elementen die bij de bepaling van het uit te keren bedrag een rol moeten spelen, dient vast te stellen.³¹ Het kabinet is wat voorzichtiger. Daarbij wordt gewezen op de diversiteit die er bestaat in subsidiestelsels en beleidsdoelstellingen die achter die stelsels schuil gaan. Wel is het kabinet van mening dat het primaat van de wetgever inzake het subsidiebeleid in beginsel dezelfde inhoud heeft als op andere gebieden. Dit impliceert dat de hoofdlijnen en algemene bepalingen van het subsidiebeleid, zoals de reikwijdte en de structuur van de regeling, bij wet moeten worden vastgelegd, voor zover dat mogelijk is. Daarbij is het noodzakelijk dat het subsidiebeleid een bepaalde mate van bestendigheid vertoont (p. 9 en 10 van het kabinetsstandpunt).

Het is dus duidelijk dat beleidsregels weliswaar de voorkeur genieten boven het ongeregeld laten van het gebruik van begrotingsposten, maar dat regeling bij of krachtens de wet, in gevallen dat gesproken kan worden van bestendig subsidiebeleid, de voorkeur geniet boven beleidsregelgeving. Het kabinet pleit dan ook voor het bevorderen van de omzetting van beleidsregels in wettelijke regels (gewezen wordt op recente wetgeving en voornemens tot wetgeving: Wet geldelijke steun woonwagens, voorstel van wet inzake regeling van subsidiëring van politiekwetenschappelijke instituten en instituten voor politieke vormings- en scholingsactiviteiten en het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel inzake financiële verstrekkingen aan ondernemingen ten laste van de begroting van het Ministerie van economische zaken, p. 10 van het kabinetsstuk). Het is evident dat de beperkte

31 Commissie Wetgevingsvraagstukken, *a.w.*, p. 48.

wetgevingscapaciteit noodzaakt tot het formuleren van prioriteiten bij dit 'omzettingsbeleid'.

Bij de bespreking van de vraag hoe we de wettelijke regeling van subsidiëring moeten vormgeven wordt op dit moment uiteraard vaak verwezen naar de aanstaande Algemene wet bestuursrecht³² (ook p. 11 van het kabinetsstuk). Het ligt ook voor de hand te veronderstellen dat in deze wet, die beoogt algemene regels van bestuursrecht vast te stellen, bepalingen worden opgenomen ter zake van subsidiëring. Gezien het algemene karakter van een dergelijke wet kan echter niet meer worden geboden dan een gedeelte, bepaalde aspecten van de gewenste wettelijke normering. In de Algemene wet bestuursrecht zouden bijvoorbeeld bepalingen kunnen worden opgenomen ten aanzien van het rechtskarakter van subsidiebesluiten, de voorschriften die aan de subsidie verbonden kunnen worden, de intrekking van subsidies en de eisen waaraan het subsidiebesluit, qua voorbereiding en inhoud, in algemene zin moet voldoen. Daarnaast blijft het gewenst dat er wettelijke (kader)regelingen komen voor de subsidiëring in de verschillende sectoren van beleid. In dergelijke wetten of in de op basis van deze wetten tot stand gekomen gedelegeerde produkten van regelgeving kunnen dan regels worden gesteld over de procedure van een subsidieaanvraag, eventueel specifieke regels over de besluitvormingsprocedure, de kring van in aanmerking komende personen en instellingen, en de criteria en elementen die bepalend zijn voor het al dan niet toekennen van subsidie en de hoogte van het subsidiebedrag. Via een algemeen kader in de Algemene wet bestuursrecht en in aansluiting en aanvulling daarop regels in subsidiewetten voor sectoren van beleid kan een bevredigende en werkbare wettelijke grondslag worden gegeven aan het subsidiebeleid.

4 Parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde wetgeving

Een andere invalshoek in verband met de wens tot vergroting van de invloed van het parlement op de realisering van wetgeving, is het op een of andere wijze betrekken van het parlement bij gedelegeerde regelgeving. In bestaande wetgeving treffen we al een scala van bepalingen, waarmee wordt

32 Zie ook I.C. van der Vlies, *Wetgevingsvraagstukken, Ars Aequi* 1987, p. 779. De Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht heeft inmiddels een voorontwerp van algemene wet bestuursrecht opgesteld, 's-Gravenhage 1987. In dit voorontwerp zijn bepaalde gedeelten van de toekomstige totale wet ingevuld. Specifieke regels over subsidiëring komen daarin nog niet voor. Wel heeft de commissie inmiddels een subcommissie subsidieverhoudingen ingesteld.

beoogd het parlement op enigerlei wijze te betrekken bij regelgeving die wordt vastgesteld door de Kroon of een minister.³³ In theorie zijn dergelijke constructies uiteraard zowel denkbaar en mogelijk bij gedelegeerde algemene maatregelen van bestuur als bij gedelegeerde ministeriële regelingen, in de praktijk blijkt het fenomeen zich vrijwel uitsluitend voor te doen bij algemene maatregelen van bestuur. Dit ligt ook voor de hand, gezien het belang van de zaken die geregeld worden bij algemene maatregel van bestuur respectievelijk ministeriële regeling. In feite hebben we hier te maken met een mengvorm van de twee (hoofd)taken van het parlement: medewetgever en controleur van het bestuur.

De commissie noemt in haar rapport een drietal hoofdvormen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving, waarbinnen zich in de praktijk overigens diverse subvarianten kunnen voordoen. Deze zijn gecontroleerde, voorwaardelijke en tijdelijke delegatie. Het kabinet sluit zich aan bij de voorkeur van de commissie voor de vorm van gecontroleerde delegatie. De figuur van tijdelijke delegatie, inhoudende dat na de totstandkoming van de gedelegeerde regelgeving alsnog een voorstel van wet moet worden ingediend, heeft als belangrijk nadeel dat het leidt tot dubbele regelgeving. Bij voorwaardelijke delegatie krijgt het parlement uitdrukkelijk de bevoegdheid te bepalen dat in het onderwerp van de (concept) algemene maatregel van bestuur alsnog bij wet moet worden voorzien. De commissie constateert dat deze vorm een onduidelijke, halfslachtige keuze inhoudt voor het gewenste niveau van normstelling.³⁴ Als gekozen wordt voor parlementaire betrokkenheid — en van dit speciale middel moet selectief en weloverwogen gebruik worden gemaakt — verdient het de voorkeur te kiezen voor gecontroleerde delegatie. Het voorontwerp van een algemene maatregel van bestuur of de tekst van een nog niet in werking getreden algemene maatregel moet aan de kamer(s) worden overgelegd en de kamer(s) wordt een bepaalde tijdsperiode gegeven om zo nodig met de minister te debatteren over de inhoud van de regeling.

Hoewel het kabinet met de commissie van mening is dat de veelheid van varianten die op dit moment in de wetgeving voorkomt, ongewenst is, conformeert het zich niet aan het advies van de commissie een aantal harmoniserende modelbepalingen vast te stellen. Ten aanzien van de twee modelbepalingen die de commissie heeft voorgesteld voor gecontroleerde

33 Zie voor een aantal voorbeelden p. 55 van het *Eindrapport* van de Commissie Wetgevingsvraagstukken. Ook bij A.J. Bok, Delegatie van wetgeving onder voorbehoud, *Bestuurswetenschappen* 1984, p. 162-176.

34 Commissie Wetgevingsvraagstukken, *a.w.*, p. 56.

delegatie (zie de concept-Aanwijzingen wetgevingsvraagstukken 8 en 9, p. 64 en 65 van *Orde in de regelgeving*) wordt opgemerkt dat deze te weinig tegemoet komen aan de eisen van de praktijk (p. 15 van het kabinetsstandpunt). Bij het vaststellen van de Aanwijzingen inzake wetgeving is het kabinet voornemens hierop terug te komen.

5 Deregulering en het primaat van de wetgever

Een vraag die wellicht bij veel lezers van dit hoofdstuk zal opkomen en waar dan ook niet aan voorbij kan worden gegaan, is de volgende. Is het niet onlogisch en lijkt het niet op roeien tegen de stroom in, om in deze tijd van deregulering te pleiten voor een versterking van het primaat van de wetgever, wat impliceert dat de wetgever meer regels moet vaststellen? In dit verband wijs ik met instemming op de volgende passage uit de rede van minister Korthals Altes ter gelegenheid van de installatie van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten. 'De wetgever behoort zelf de hoofdlijnen van het beleid dat hem voor ogen staat, in regels neer te leggen en een zo duidelijk mogelijk kader te scheppen voor de nodige lagere regelgeving. Dit beginsel lijkt op het eerste gezicht tegendraads in een tijd waarin men roept om deregulering, maar het primaat van de wetgever is niet uitsluitend van belang voor de democratische legitimatie van beleid en voor de rechtszekerheid. Door het kader voor lagere regelgeving zo nauwkeurig mogelijk te omlijnen kan ongewenste en onnodige regelverdichting op dat niveau worden voorkomen' (*Stcrt.* 1987, 190). Een versterking van het primaat van de wetgever kan juist de deregulering bevorderen!

6 Hoe nu verder? Algemene aanwijzingen voor de wetgeving

Uiteraard is het werk van de Commissie Wetgevingsvraagstukken en het standpunt van het kabinet ter zake te belangrijk voor de wetgevingspraktijk om nu ergens in een bureaulade op het Ministerie van Justitie te verdwijnen. Daarom is het noodzakelijk dat er een vervolg komt op het rapport van de commissie en het kabinetsstandpunt. Uit de inleiding van het kabinetsstuk blijkt dat het de bedoeling is de concepten voor 'Aanwijzingen wetgevingsvraagstukken', zoals die door de Commissie Wetgevingsvraagstukken zijn opgesteld en wellicht door het kabinet op bepaalde punten iets worden aangepast, samen te voegen met andere aanwijzingen die op regelgeving

betrekking hebben. Een integratie dus van deze aanwijzingen met de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (*Stcrt.* 1984, 57) en wellicht ook de Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving (*Stcrt.* 1984, 332) en inzake de toetsing van ontwerpen van wet en van algemene maatregelen van bestuur (*Stcrt.* 1985, 18) en misschien met nog andere aanwijzingen gericht tot de wetgever.³⁵

Dit integratieproject is uitermate belangrijk voor de overzichtelijkheid en onderlinge consistentie van het geheel van aanwijzingen en om te waarborgen dat ze ook goed worden uitgevoerd. Voorts spreekt het vanzelf dat centrale toetsers van wetgevingsvoorstellen deze reeds nu aan het kabinetsstandpunt zullen moeten toetsen. Daartoe behoort ook de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten³⁶ (onder voorzitterschap van regeringscommissaris prof. mr. E.M.H. Hirsch Ballin). Uit artikel 2 van het besluit tot Instelling Commissie toetsing wetgevingsprojecten (*Stcrt.* 1987, 181), waarin wordt gesproken van de 'Algemene aanwijzingen voor de wetgeving', blijkt ook dat een dergelijke bundeling van aanwijzingen aanstaande is. Het is te hopen dat het project dat moet leiden tot deze integratie niet te lang gaat duren.

7 Samenvatting

In dit hoofdstuk is aandacht geschonken aan het kabinetsstandpunt ten aanzien van het Eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken (*Orde in de regelgeving*). Op een aantal hoofdpunten zijn de redeneringen en opvattingen van de commissie en van het kabinet vergeleken. Bij de bespreking van het gebruik van de onderscheiden soorten van regelgeving is met name ingegaan op het onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Van de verschilpunten tussen deze twee typen van regelgeving is de mogelijkheid c.q. verplichting tot afwijken, de afwijkingsclausule die inherent is aan beleidsregelgeving, wellicht de meest wezenlijke. Via het opnemen van hardheidsclausules in wettelijke regelingen kan ook hier een afwijkingsbevoegdheid worden gecreëerd. De commissie ziet in deze methode een goede mogelijkheid tot het legaliseren van contra legem-beleid. In het kabinetsstandpunt worden terecht vraagtekens geplaatst

35 Zie voor een inventarisatie van het geheel van richtlijnen en aanwijzingen gericht tot de wetgever E.M.H. Hirsch Ballin, *Het stellen van regels — kwaal, middel en doel*, *NJB* 1986, p. 1109-1113.

36 Zie ook bij J.H. van Kreveld, Commissie en regeringscommissaris voor de toetsing van wetgevingsprojecten. Een nieuwe impuls?, *Bestuurswetenschappen* 1987, p. 517-525.

bij deze suggestie. Een onzorgvuldig en onevenwichtig gebruik van hardheidsclausules leidt tot een vergaande vervaging van het onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels en kan juist een aantasting van het primaat van de wetgever betekenen.

Bij de behandeling van het vraagstuk van de mogelijkheden en wenselijkheden van delegatie van wetgeving bleek een principieel verschil van mening tussen commissie en kabinet over de taak van de wetgever. De commissie acht het in beginsel wenselijk dat de wetgever (in formele zin) zelf alle bepalingen inhoudende algemeen verbindende voorschriften vaststelt. Delegatie aan Kroon of minister is echter onvermijdelijk gelet op de beperkte capaciteit van de wetgever. In het kabinetsstandpunt wordt uitgegaan van een bepaalde taakverdeling ter zake tussen wetgever en bestuursorganen, tevens lagere regelgevers. Op het niveau van de conclusies komen commissie en kabinet toch weer dicht bij elkaar; van de wetgever mag worden verwacht dat hij de hoofdlijnen op de diverse beleidsterreinen uitzet, in beginsel door het vastleggen van de reikwijdte, de structurele elementen en de voornaamste duurzame normen van een regeling. Voor het subsidiebeleid bijvoorbeeld resulteert dit in het standpunt dat beleidsregels terzake weliswaar de voorkeur verdienen boven het ongeregeld laten van het gebruik van begrotingsposten, maar dat wettelijke regeling van de hoofdlijnen van subsidiebeleid preferabel is.

Ten aanzien van een andere invalshoek in verband met de wens tot versterking van het primaat van de wetgever, de parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde wetgeving, bleken geen grote meningsverschillen tussen commissie en kabinet.

Ten slotte werd kort aandacht besteed aan de verhouding tussen deregulering en het primaat van de wetgever en aan het gewenste vervolg op de besproken werkzaamheden van commissie en kabinet.

De verdeling van regelgevende bevoegdheden in Duitsland en Zwitserland

1 Inleiding

Dit hoofdstuk handelt over de verdeling van regelgevende bevoegdheden in twee andere rechtsstelsels dan het onze. Vrij uitgebreid wordt ingegaan op de situatie en de ontwikkelingen ten aanzien van de verdeling van regelgevende bevoegdheden in het Duitse rechtsstelsel.¹ In bescheidener vorm wordt aandacht besteed aan de situatie in Zwitserland.

In zijn 'Vergelijkend publiekrecht' heeft Koopmans een eigen benadering ontwikkeld voor de vergelijking van publiekrechtelijke stelsels. Uitgangspunt daarbij is het begrippenapparaat van de triasleer. Hij analyseert in de verschillende stelsels respectievelijk de verhouding tussen wetgever en rechter, rechter en executieve, executieve en wetgever en tenslotte de verhouding burger-overheid.² Het begrippenapparaat moet geplaatst worden binnen een raamwerk waarin het een rol speelt. Het raamwerk zelf is gebaseerd op een aantal beginselen die de grondslag vormen van de publiekrechtelijke stelsels.³

De reden van de aanwezigheid van deze rechtsvergelijkende component in dit onderzoek is, naast wetenschappelijke interesse, dat het eventueel de mogelijkheid biedt om op basis van inzichten uit andere rechtsstelsels nieuwe ideeën op te doen voor de eigen situatie. Een mogelijk leereffect dus, waarbij we ons uiteraard moeten realiseren dat de historische en culturele achtergronden van rechtsstelsels bijna per definitie verschillend zijn en dat het object van bestudering en vergelijking samenhang vertoont met andere kenmerken van het rechtsstelsel. De logische interne samenhang van kenmerken binnen rechtstelsels maakt het gevaarlijk om te bepleiten

1 Het onderzoek heeft grotendeels plaatsgevonden voor de hereniging van de BRD en de DDR. De situatie in de voormalige BRD is bestudeerd. Voor de onderwerpen waar het hier om gaat, is de situatie sedert de hereniging *niet* gewijzigd. De relevante bepalingen uit de Grundgesetz zijn niet veranderd. Uit artikel 4 van het 'Einigungsvertrag' blijkt welke artikelen in de 'Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland' wel zijn gewijzigd. Dit zijn - naast de preambule - artikel 23, het tweede lid van artikel 51, artikel 135 a, 143 en 146.

2 T. Koopmans, *Vergelijkend publiekrecht*, Deventer 1986.

3 Zie Koopmans, *a.w.*, p. 6 en 7.

een bepaald element zonder meer uit een ander rechtsstelsel over te nemen in het eigen rechtsstelsel.

De reden van bestudering van juist Duitsland en Zwitserland is gelegen in het feit dat in deze landen in literatuur en jurisprudentie veel aandacht is en wordt geschonken aan het vraagstuk van legaliteit en bevoegdheidstoedeling. Hirsch Ballin stelt: 'Het bestuursrecht van de Bondsrepubliek Duitsland is uit rechtsvergelijkend oogpunt van bijzonder belang. Meer dan elders in West-Europa zijn de constitutioneelrechtelijke grondslagen van het bestuursrecht in theorie en praktijk (waaronder de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht) uitgewerkt, bijvoorbeeld op het punt van het vereiste van een wettelijke grondslag voor het bestuursoptreden'.⁴ Ook in de Zwitserse staats- en bestuursrechtelijke literatuur heeft het legaliteitsdenken een belangrijke plaats.

De opzet voor het vervolg van dit rechtsvergelijkende hoofdstuk ziet er als volgt uit. Eerst wordt in paragraaf 2 een algemene karakteristiek gegeven van het Duitse staatsbestel. Vervolgens volgt in paragraaf 3 een schets van de belangrijkste vormen van regelgeving ('Normenstufenbau'). Van belang is vervolgens dan de vraag wat er geregeld kan worden in deze regelingsvormen. Met name komt aan de orde de verhouding tussen de wet in formele zin en lagere niveaus van normstelling. In paragraaf 4 wordt nader ingegaan op de omvang en betekenis van het beginsel van 'Gesetzmäßigkeit der Verwaltung' en op de mogelijkheden en beperkingen van delegatie van regelgevende bevoegdheid. Daarna wordt een uitstapje gemaakt naar de Zwitserse situatie (paragraaf 5). Dit hoofdstuk sluit in paragraaf 6 af met een samenvatting en de conclusies van de rechtsvergelijking.

2 Het Duitse staatsbestel

Welke zijn de basisprincipes die de grondslag vormen voor de organisatie en vormgeving van het Duitse staatsbestel en welke organen nemen daarbij een belangrijke positie in? Deze twee aandachtspunten staan centraal bij de globale schets van de Duitse staatsorganisatie. De constitutie, Grundgesetz, heeft veel betekenis voor het rechtsstelsel van Duitsland. In de Duitse constitutie is een aantal centrale basisnoties te onderkennen dat ten grondslag ligt aan de vormgeving van het staatsbestel. In de literatuur wordt onder

⁴ E.M.H. Hirsch Ballin, *De Bondsrepubliek Duitsland*, in: L. Prakke e.a. (red.), *Het bestuursrecht van de landen der Europese Gemeenschappen*, Deventer 1986, p. 81.

meer gesproken over 'verfassungsgestaltende Grundentscheidungen'⁵ en van 'Strukturprinzipien'.⁶ De volgende constitutionele grondslagen worden genoemd: 'Republik', 'Demokratie', 'Rechtsstaat', 'Sozialstaat' en 'Bundesstaat'.⁷ Ik zal de achtereenvolgende structuurbeginselen kort belichten.

Duitsland heeft een republikeinse staatsvorm. In artikel 20, eerste lid, van de Grundgesetz treffen we de term 'Bundesrepublik Deutschland.' De staatsvorm is dus niet-monarchisch. Het staatshoofd ('Bundespräsident') wordt gekozen voor een ambtsperiode van vijf jaren door de 'Bundesversammlung' (artikel 54 Grundgesetz). De bevoegdheden van de bondspresident zijn zeer beperkt. Hij heeft nauwelijks politieke betekenis.⁸

Het democratische karakter van het Duitse staatsbestel komt tot uitdrukking in het eerste en tweede lid van artikel 20 Grundgesetz. In het eerste lid wordt gesteld dat Duitsland een 'demokratischer und sozialer Bundesstaat' is. Het tweede lid luidt: 'Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.' Bovendien wordt in de artikelen 18 en 21 van de Duitse constitutie gesproken van een 'freiheitlichen demokratische Grundordnung'. De indirecte democratische conceptie, op basis van het beginsel van de vertegenwoordiging ('Repräsentation'), is daarbij het uitgangspunt. Politieke partijen vervullen een centrale rol in het verkiezings- en vertegenwoordigingsproces. Als aanvulling op dit stelsel van indirecte democratische besluitvorming is er in sommige gevallen de mogelijkheid van directe beïnvloeding en participatie door en van burgers in bestuurlijke besluitvorming, met name via de zogenaamde 'Bürgerinitiativen'.

Het rechtsstatelijke karakter van de Duitse staatsorganisatie blijkt met name uit het derde lid van artikel 20 Grundgesetz: 'Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden'. In de Duitse literatuur treffen we vrijwel zonder uitzondering het onderscheid tussen de materiële

5 Zie bij N. Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1988, p. 30.

6 Zie bij K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, München 1984, p. 551 e.v.

7 Zie bijvoorbeeld bij Stern, *t.a.p.* en bij A. Katz, *Grundkurs im öffentlichen Recht I*, Staatsrecht, Heidelberg 1983, p. 59 e.v. Achterberg, *t.a.p.* noemt het principe van de republiek niet. Dit geldt ook voor K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg/Karlsruhe 1980, p. 52 e.v. Hij neemt tevens twee andere beginselen samen, als hij spreekt van 'der soziale Rechtsstaat' (p. 76 e.v.)

8 Vergelijk M.C. Burkens, *De Bondsrepubliek Duitsland*, in: L. Prakke e.a. (red.), *Het staatsrecht van de landen der Europese Gemeenschappen*, Deventer 1988, p. 125.

en de formele rechtsstaat.⁹ Met de materiële rechtsstaat wordt bedoeld de staat die is gericht op de verwezenlijking van het ideaal van de gerechtigheid c.q. rechtvaardigheid. Bij de formele component van de rechtsstaat gaat het om het geheel van organisatorische kenmerken dat een bepaalde staat tot een rechtsstaat maakt. Katz noemt het volgende geheel van rechtsstatelijke kenmerken: 'das Gewaltenteilungsprinzip', 'der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit', 'die Gewährleistung persönlicher Grundrechte', 'die Gebote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes', 'der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit' en 'die Gewährleistung von Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte'.¹⁰ In het vervolg van dit hoofdstuk kom ik nog uitvoerig terug op het machtscheidingsbeginsel en vooral ook op het beginsel van de wetmatigheid van bestuur c.q. het legaliteitsbeginsel.

Ook in artikel 20 Grundgesetz, eerste lid, vinden we het principe van 'Sozialstaatlichkeit'. Het uitgangspunt van de 'Sozialstaat' of 'sozialer Rechtsstaat' houdt een soort van instructienorm voor de overheid om het maatschappelijk welzijn van de burgers te bevorderen in.¹¹ Aandachtspunten in dit verband zouden moeten zijn: de sociale verzekering, de garantie van een minimum levensstandaard, de maatschappelijke gelijkheid en ontplooiingsmogelijkheden, de milieubescherming e.d. De verbinding van de beginselen van 'Rechtsstaat' en 'Sozialstaat' en de eventuele problemen daarbij is een onderwerp dat veel aandacht heeft gekregen in de Duitse staats- en bestuursrechtelijke literatuur.¹² Katz stelt in dit verband: 'Nur die permanente Suche nach einer optimalen Synthese und das Auffinden des "rechten Maßes" des Nebeneinanders vermag die rechtliche Verknüpfung und wechselseitige Begrenzung von sozialstaatlicher Aktivität und rechtsstaatlicher Unantastbarkeit zu gewährleisten. Ständige Aufgabe des Staates ist es demnach, eine Harmonisierung beider Grundsätze anzustreben. Dabei ist allerdings zu beachten, daß die Verwirklichung der Sozialstaatlichkeit in den Formen des rechtsstaatlicher Handelns zu erfolgen hat, und daß die Ausgestaltung jedes der beiden Prinzipien dort seine Grenze hat,

9 Zie Achterberg, *a.w.*, p. 30-33, Katz, *a.w.*, p. 72 e.v., Stern, *a.w.*, p. 772 e.v. en O. Model en K. Müller, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar für Studium und Praxis*, Köln/Berlin/Bonn/München 1987, p. 264-266.

10 Katz, *a.w.*, p. 76 en 77.

11 Vergelijk Katz, *a.w.*, p. 97.

12 Zie bijvoorbeeld O. Bachof en E. Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, (Heft 12), Berlin 1954 en E. Forsthoff (red.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968.

wo es in den unantastbaren Kernbereich des anderen Eingreifen oder gegen andere Verfassungsbestimmungen verstoßen würde'.¹³

Het laatste structuurkenmerk van het Duitse staatsbestel is de 'Bundesstaatlichkeit'. Het federale karakter van de staatsorganisatie blijkt uit de artikelen 20 en 28 Grundgesetz. Zowel de gehele staat, de bond, als de deelstaten, de landen, hebben in feite het karakter van een staat. Toch vormen ze gezamenlijk één staat, met name omdat ze verbonden worden door een Grundgesetz. Deze grondwet geeft een verdeling van wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende bevoegdheden tussen de bond en de landen. Het complexe stelsel van bevoegdheidsverdeling heeft in de praktijk geresulteerd in een accent bij de bond voor wat betreft de wetgevende bevoegdheid en een accent bij de landen ten aanzien van bestuur en rechtspraak.¹⁴

Belangwekkend is de wijze van verdeling van wetgevende competenties. Uitgangspunt is dat de landen de bevoegdheid tot wetgeving hebben als niet uitdrukkelijk in de grondwet is bepaald dat de bond bevoegd is (artikel 70 Grundgesetz). Vervolgens kunnen drie soorten van wetgeving worden onderscheiden: 'ausschließliche Gesetzgebung', 'konkurrierende Gesetzgebung' en 'Rahmengesetzgebung'. De uitsluitende bevoegdheden van de bond worden naar onderwerp opgesomd in artikel 73 GG. De landen hebben ten aanzien van deze onderwerpen slechts wetgevende bevoegdheid voor zover ze deze expliciet gedelegeerd hebben gekregen via een bondswet (artikel 71 GG). De uitsluitende bevoegdheden van de landen zijn reeds aangeduid; deze betreffen die onderwerpen ten aanzien waarvan de bond geen bevoegdheid heeft gekregen in de grondwet. In artikel 74 GG wordt een groot aantal onderwerpen genoemd ten aanzien waarvan sprake is van een situatie van concurrerende wetgevingsbevoegdheid tussen bond en landen. De landen hebben ten aanzien van deze onderwerpen wetgevende bevoegdheid, tenzij de bond gebruik maakt van zijn bevoegdheid (artikel 72, eerste lid, GG). Het wetgevende accent bij de bond is ontstaan doordat de bond op bijna al deze terreinen tot wetgeving is overgegaan. De raamwetgevingsbevoegdheid van de bond omvat de mogelijkheid ten aanzien van bepaalde aangegeven onderwerpen een globale regeling te maken die door landswetgeving uitgewerkt moet worden (artikel 75 GG).

Naast de bestuursniveaus van de bond en de landen is er nog het gemeentelijk niveau. De 'Gemeinde' ressorteren onder de landen en de

¹³ Katz, *a.w.*, p. 102 en 103.

¹⁴ Zie bij Burkens, *a.w.*, p. 141 e.v. en bij Katz, *a.w.*, p. 113 en 114.

publiekrechtelijke organisatie van de gemeenten is voornamelijk in de wetten van de landen vastgelegd.¹⁵

Bij de bespreking van de (voornaamste) organen van de Duitse staatsorganisatie ligt het voor de hand om het accent te leggen op de organen op bondsniveau. De organisatiestructuur van de landen is overigens ook niet uniform. Achtereenvolgens komen aan de orde de 'Bundestag', de 'Bundesrat', de 'Bundesregierung', de 'Bundespräsident' en het 'Bundesverfassungsgericht'. Tenslotte wordt zeer summier ingegaan op de organisatie op lands- en gemeentelijk niveau.

De bondsdag is het voornaamste volksvertegenwoordigende orgaan. De afgevaardigden in de bondsdag worden vierjaarlijks gekozen (artikel 38 en 39 GG). De centrale positie van de bondsdag blijkt onder meer uit de keuze door dit orgaan van de 'Bundeskansler' (artikel 63 GG) en de mogelijkheid om via een motie van wantrouwen het vertrouwen in de bondskanselier — en daarmee in de bondsregering — op te zeggen en deze zo te dwingen tot aftreden (artikel 67 GG), de plaats van de bondsdag in het wetgevingsproces (als mogelijke initiatiefnemer, artikel 76 GG en als (mede-)vaststeller, artikel 77 GG) en de instrumenten die toekomen aan de bondsdag om controle uit te oefenen op het bestuur door de bondsregering (artikel 43, 44, 45 en 114 GG).

De aanwezigheid van een 'Bundesrat' vloeit voort uit het federale karakter van het Duitse staatsbestel. De bondsraad bestaat uit leden van de regeringen van de landen (artikel 51 GG). Toch moet de bondsraad als een deel van de volksvertegenwoordiging worden beschouwd, naast de bondsdag, en niet als een landsvertegenwoordiging op bondsniveau.¹⁶ Hesse stelt dat de bondsraad bij uitstek past in het grondwettelijke principe van de 'Zuordnung der Funktionen und der Balancierung der Gewalten'.¹⁷ De taken en bevoegdheden van de bondsraad liggen meer op het vlak van de controlerende en corrigerende medewerking en beïnvloeding aan en van besluiten van andere organen (met name van de bondsdag en de bondsregering) dan op dat van eigen initiëring van zaken. Van wezenlijk belang zijn de bevoegdheden van de bondsraad ter zake van wetgeving. Afhankelijk van het soort van wetsvoorstellen varieert de positie van de bondsraad. Wetsvoorstellen die de financiën of het bestuur van de landen betreffen behoeven de toestemming van de bondsraad ('Zustimmungsgesetze'). Tegen andere wetsvoorstellen kan de bondsraad eventueel bezwaar maken

15 Vergelijk Burkens, *a.w.*, p. 148.

16 Zie Burkens, *a.w.*, p. 130-132.

17 Hesse, *a.w.*, p. 245.

(‘Einspruch einlegen’). Dit betekent overigens niet dat het wetsvoorstel geblokkeerd wordt, de bondsdag kan het bezwaar afwijzen (artikel 77 GG). Ook bepaalde ‘Rechtsverordnungen’ en ‘Verwaltungsvorschriften’ behoeven de toestemming van de bondsraad (artikel 80, tweede lid, GG respectievelijk artikel 84, tweede lid, en artikel 85, tweede lid, GG). De bondsraad heeft tevens een algemene, controlerende functie ten aanzien van het bestuur door de bondsregering (artikel 53 GG). Tenslotte wordt de helft van het aantal van de rechters van het ‘Bundesverfassungsgericht’ door de bondsraad gekozen (artikel 94, eerste lid, GG).

De ‘Bundesregierung’ bestaat uit de ‘Bundeskanzler’ en de ‘Bundesministers’ (artikel 62 GG). Zoals gesteld wordt de bondskanselier door de bondsdag gekozen en loopt de vertrouwensrelatie tussen regering en bondsdag via de positie van de kanselier. De ministers worden op voordracht van de kanselier door de bondspresident benoemd en ontslagen (artikel 64, eerste lid, GG). De centrale positie van de bondskanselier blijkt ook uit zijn bevoegdheid algemene richtlijnen voor het regeringsbeleid te kunnen stellen (artikel 65 GG). Daarbinnen hebben natuurlijk de ministers, die ter ondersteuning bondsdagleden als ‘Parlamentarische Staatssekretäre’ kunnen benoemen, een eigen verantwoordelijkheid voor de organisatie en het beleid binnen het ministerie. De regering staat aan het hoofd van de executieve en kan in de meeste gevallen worden beschouwd als de initiator van het overheidsbeleid. Ook binnen het wetgevingsproces heeft de regering een belangrijke plaats. Het initiatief tot het maken van een voorstel van wet is veelal van de regering afkomstig. Naast de samenwerkingsrelatie met de bondsdag en de bondsraad heeft de bondsregering ook te maken met de landsbesturen. In dit verband moet worden gewezen op de bevoegdheid van de regering, met toestemming van de bondsraad, ‘Verwaltungsvorschriften’ en eventueel ook ‘Weisungen’ uit te vaardigen in de richting van de landsoverheid (artikel 84, 85, en 108 GG).

Ten aanzien van de ‘Bundespräsident’ werd hiervoor al opgemerkt dat deze de rol van staatshoofd in de republiek vervult en dat hij voor een periode van vijf jaren wordt gekozen door de ‘Bundesversammlung’. De taken en bevoegdheden van de president zijn beperkt en van geringe politieke betekenis. De president vertegenwoordigt formeel de bond op volkenrechtelijk gebied en sluit namens de bond verdragen met andere staten (artikel 59, eerste lid, GG). In het kader van de uitvaardiging van wetten komt aan de president het recht van medeondertekening toe (artikel 82, eerste lid, GG). Model en Müller merken ten aanzien van dit recht het volgende op: ‘Bestritten ist, ob der Bundespräsident das Recht hat, die Ausfertigung von Gesetzen zu verweigern. Hierbei ist nach den Gründen

der Verweigerung zu differenzieren. Unbestritten ist, daß er kein politisches Weigerungsrecht hat, daß er die Ausfertigung pp. nicht deshalb verweigern darf, weil ihn das Gesetz politisch nicht "paßt". Ebenso unbestritten hat, da nach Abs. 1 Satz 1 der Bundespräsident die "nach den Vorschriften dieses GG zustande gekommenen Gesetze" ausfertigt, er jedenfalls das Recht, die Ausfertigung zu verweigern, wenn die Vorschriften verletzt sind, die das Zustandekommen, d.h. das Gesetzgebungsverfahren betreffen (z.B. Fehlen der Mehrheit nach Art. 79 Abs. 3 bei verfassungsändernden Gesetzen, sogenanntes formelles Prüfungsrecht). Die wohl überwiegende Meinung nimmt darüber hinaus an, daß der Bundespräsident auch berechtigt ist, die Übereinstimmung des Gesetz mit den materiellen Vorschriften des GG zu überprüfen (insbesondere Grundrechte) und bei Nichtübereinstimmung die Ausfertigung zu verweigern (materielles Prüfungsrecht).¹⁸ De politieke verantwoordelijkheid voor de activiteiten van de president ligt bij de bondskanselier of een bondsminister. Dit komt tot uitdrukking in het feit dat zij de besluiten van de president mede moeten ondertekenen.

Het 'Bundesverfassungsgericht' is een zelfstandig en onafhankelijk rechterlijk college, belast met de beoordeling van de 'Verfassungsgerichtsbarkeit' van besluiten van andere organen. De rechters van dit constitutionele hof worden voor de helft gekozen door de bondsdag en voor de andere helft door de bondsraad (artikel 94, eerste lid, GG). De competentie van het 'Bundesverfassungsgericht' wordt omschreven in artikel 93, eerste lid, GG. In het tweede lid van dit artikel wordt de mogelijkheid gelaten om bij wet de beslechting van bepaalde conflicten op te dragen aan het 'Bundesverfassungsgericht'. Hesse onderscheidt vier categorieën binnen deze competentie: 'bundesstaatsrechtliche Streitigkeiten', 'Organstreitigkeiten', 'Normenkontrolle' en 'sonstige Kompetenzen'.¹⁹ Koopmans gaat met name in op de competentie ten aanzien van de 'Normenkontrolle' en de 'Verfassungsbeschwerde'. Het 'Bundesverfassungsgericht' is bij uitsluiting bevoegd uitspraken te doen over de onverenigbaarheid van wetgeving, van de Bund of van de Länder, met de federale grondwet, de Grundgesetz. Het heeft in dit opzicht geen algemene bevoegdheid. Het komt slechts in actie wanneer het geadieerd wordt via een van de beroepsgangen die daartoe in de Grundgesetz of het 'Bundesverfassungsgerichtsgesetz' zijn voorzien. De Grundgesetz zelf regelt de 'Normenkontrolle', die in twee vormen voorkomt. Ten eerste is er de 'abstrakte Normenkontrolle' indien de bondsregering, een landsregering of een derde deel van de leden van

¹⁸ Model/Müller, *a.w.*, p. 527 en 528.

¹⁹ Hesse, *a.w.*, p. 245.

de bondsdag zich tot het hof wendt om een beslissing te verkrijgen over de verenigbaarheid van bonds- of landsrecht met de Grundgesetz. Voorts is er de 'konkrete Normenkontrolle' in de gevallen waarin een rechter een uitspraak verlangt over de 'Verfassungswidrigkeit' — wegens strijd met de Grundgesetz — van wetsbepalingen die hij in een bij hem aanhangig geding moet toepassen.

Niet door de grondwet maar door de wet werd de 'Verfassungsbeschwerde' ingevoerd. Dit is een algemeen beroep op het BVerfG. dat iedereen toekomt die beweert dat de overheid zijn grondrechten of 'grundrechtsähnliche' rechten heeft geschonden. In 1969 is de 'Verfassungsbeschwerde' ook in de Grundgesetz zelf verankerd (artikel 93, eerste lid, onder 4 a en b). De 'Verfassungsbeschwerde' kan slechts worden ingesteld als andere procedures om tot handhaving van het grondrecht te komen geen resultaat hebben gehad.²⁰

Tot zover een schets van de belangrijkste organen op bondsniveau. De organisatiestructuur van de landen is verschillend. Binnen de grenzen van artikel 28, eerste lid, GG hebben de landen de vrijheid om in de landsgrondwetten en landswetten vorm te geven aan hun eigen organisatie. Artikel 28, eerste lid luidt: 'Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates in Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen. In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. In Gemeinden kann an die Stelle einer gewählten Körperschaft die Gemeindeversammlung treten'. In de praktijk komt de structuur van de meeste landen aardig overeen met die van de bond; een landdag als volksvertegenwoordiging, een landsregering, met een minister-president en ministers, afhankelijk van het vertrouwen van de landdag en veelal ook een constitutioneel hof.²¹

Ook de gemeentelijke organisatiestructuur, de 'Kommunale Selbstverwaltung', is niet uniform en is afhankelijk van de ter zake geldende wetten in de landen. De samenwerkingsverbanden tussen gemeente zijn legio. De 'Landkreis' is een voorbeeld van een dergelijk samenwerkingsverband.

²⁰ Koopmans, *a.w.*, p. 62.

²¹ Vergelijk Burkens, *a.w.*, p. 145-148.

3 Vormen van regelgeving in Duitsland

De beschouwing van het rechtsstelsel als een 'Normenstufenbau'²² c.q. 'Normenhierarchie'²³ neemt in het Duitse denken een voorname plaats in. Katz zegt hierover: 'Die Rangfolge der Normen, auch Normenhierarchie oder Normenpyramide genannt, spielt infolge der Vielfältigkeit der öffentlichrechtlichen Rechtsquellen und der besonderen Ordnungsfunktion des Rechts eine entscheidende Rolle. Unter der Rangordnung der Rechtsquellen bzw. Rechtssätze sind die einzelnen Stufen der Geltungskraft innerhalb einer Rechtsordnung zu verstehen. Meist entspricht dabei der Rang der Rechtsquelle dem Rang des normsetzenden Organs'.²⁴ Een hiërarchische samenhang dus die in het rechtsstelsel bestaat tussen rechtsnormen of normstellingsniveaus, die met name gekoppeld zijn aan het normstellende orgaan. Allereerst zal ik een poging ondernemen enige helderheid te verschaffen over de verschillende begrippen die worden gehanteerd ('Rechtsnorm', 'Rechtssatz', 'Gesetz in formellen und materiellen Sinne'). Vervolgens wordt nader aangegeven wat het aandachtspunt in deze paragraaf is.

Het 'Rechtsnormbegriff' is onderwerp geweest van vele discussies in de Duitse positiefrechtelijke en rechtstheoretische literatuur. Een algemeen aanvaarde opvatting is dat rechtsnormen die rechtsbronnen zijn die algemene en abstracte regels inhouden. Het begrip 'Rechtssatz' wordt hieraan gelijkgesteld. Wetten in materiële zin kunnen dan worden beschouwd als geschreven rechtsnormen.²⁵ Karpen stelt: 'Der rechtstheoretische Gesetzesbegriff bezeichnet jede Rechtsnorm, jeden Rechtssatz, jede Rechtsregel, jede generell-abstrakte Anordnung, die an unbestimmt viele Adressaten gerichtet ist und unbestimmt viele Sachverhalte regelt'.²⁶ De aandacht richt zich in het bijzonder op de bevoegd genomen besluiten die deze algemene en abstracte regels (kunnen) inhouden. Dergelijke besluiten kunnen worden beschouwd als vormen van regelgeving/normstelling of regelingsvor-

22 Zie Achterberg, *a.w.*, p. 29 en Hirsch Ballin, *a.w.*, p. 97. De theorie van de 'Stufenbau' is afkomstig van A. Merkl en H. Kelsen. Zie ook bij J. Behrend, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens*, Schriften zur Rechtstheorie (65), Berlin 1977.

23 Zie Katz, *a.w.*, p. 4.

24 Katz, *i.a.p.*

25 Vergelijk Hirsch Ballin, *i.a.p.*

26 U. Karpen, Zum gegenwertigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1986, p. 14. Karpen noemt het onderdeel van de wetgevingsleer dat de wet als bron van recht aan de orde stelt de 'Gesetzgebungsanalytik' (p. 10).

men. De typering van deze regelingsvormen geschiedt op basis van drie criteria: het orgaan dat de regels heeft gesteld, de basis/herkomst van de bevoegdheid tot regelstelling en de (besluitvormings)procedure volgens welke de regels zijn totstandgekomen en uitgevaardigd. Als in dit verband gesproken wordt van de wet als een van de mogelijke regelingsvormen,²⁷ dan wordt bedoeld de wet in formele zin, de formele wetsprocedure. Achterberg is van mening dat de Grundgesetz uitgaat van een dergelijk 'formalisierten, inhaltlich offenen Gesetzbegriff; Gesetz ist der von Parlament im Wege des verfassungsgesetzlich hierfür vorgesehenen Verfahrens erlassene Hoheitsakt'.²⁸

In het vervolg van deze paragraaf worden de verschillende vormen van regelgeving in het Duitse stelsel naar volgorde van hun plaats binnen de hiërarchie aan de orde gesteld. Dit betekent dat achtereenvolgens wordt ingegaan op de Grundgesetz of 'Verfassung', het 'Gesetz' (in formele zin), de 'Rechtsverordnung', de 'Satzung' en het 'Verwaltungsvorschrift'. Hierbij moet worden opgemerkt dat het federale karakter van het Duitse staatsbestel er de oorzaak van is dat de verhoudingen tussen regelingsvormen gecompliceerder zijn dan bijvoorbeeld in ons stelsel. Als gesproken wordt van grondwet, wet of verordening, kan daarmee een regeling op bondsniveau maar ook op landsniveau worden aangegeven. Dit heeft tot gevolg dat we, in sterkere mate dan in het Nederlandse stelsel,²⁹ in feite te maken hebben met een combinatie van twee typen normstellingshiërarchieën. We kennen de hiërarchie 'Bundesrecht', 'Landesrecht' en 'autonomes Recht' en de hiërarchie 'Grundgesetz'/'Landesverfassungen', 'Gesetze', en 'Verordnungen'³⁰ (en eventueel 'Satzungen' en 'Verwaltungsvorschriften'). Ik zal me bij de bespreking van de diverse regelingsvormen voornamelijk concentreren op het niveau van de bond.³¹

27 Zie bijvoorbeeld Karpen, *a.w.*, p. 16.

28 N. Achterberg, Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz, *Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts*, Schriften zum öffentlichen Recht (386), Berlin 1980, p. 315. Uitgaande van deze omschrijving van het begrip wet moet worden geconcludeerd dat de wet niet alleen een vorm van regelgeving is, maar ook een vorm c.q. procedure kan zijn waarin andere besluiten dan die inhoudende rechtsregels/-normen tot stand kunnen komen (bijvoorbeeld individueel-concrete besluiten).

29 Ook in het Nederlandse stelsel komt iets dergelijks voor. De term verordening wordt soms nog gebruikt voor een regeling die afkomstig is van een minister en ook voor regelingen uitgevaardigd door provinciale staten of de gemeenteraad.

30 Vergelijk Katz, *a.w.*, p. 5.

31 Ik zal bijvoorbeeld niet aan de orde stellen de inhoud van 'Landesverfassungen' en 'Landesgesetzes'. Dit geeft uiteraard beperkingen ten aanzien van hetgeen kan worden gezegd omtrent de vormen van regelgeving op landsniveau en 'Gemeinde'-niveau.

De hoogste regelgevingsvorm in het Duitse stelsel is de 'Verfassung'. Op bondsniveau hebben we te maken met de Grundgesetz en op landsniveau met de diverse 'Landesverfassungen'. In artikel 79 van de Grundgesetz wordt aangegeven op welke wijze de grondwet kan worden gewijzigd. Tot een grondwetswijziging kan worden besloten door de wetgevende organen, de parlementaire organen 'Bundestag' en 'Bundesrat', en volgens de procedure van de wet (in formele zin). In het tweede lid van artikel 79 wordt een aanvullende eis gesteld. Een dergelijke wet behoeft de toestemming van twee derde van het aantal van de leden van de bondsdag en de bondsraad. Het primaat van het grondwettelijke normstellingsniveau blijkt tevens uit de eerste volzin van het derde lid van artikel 20 Grundgesetz: 'Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung gebunden'. Ook op landsniveau zijn het de parlementaire organen die de bevoegdheid hebben tot wijziging van de 'Landesverfassung'.³²

Een wet in formele zin is het besluit genomen door het parlement volgens de grondwettelijk voorgeschreven procedure. De in de artikelen 70 tot en met 75 van de grondwet tot uitdrukking komende verdeling van wetgevende bevoegdheden tussen bond en landen werd in het voorgaande al geschetst. Gegeven die competentieverdeling, kan worden gesteld dat aan de bondsregering en de parlementaire organen een algemene, zelfstandige wetgevende bevoegdheid toekomt. Op bondsniveau ligt het zwaartepunt bij de bondsdag, maar ook de bondsraad en de bondsregering spelen een rol in de besluitvorming. De wetsprocedure vinden we beschreven in de artikelen 76 tot en met 78 en 82 van de grondwet. Het initiatief om tot wetgeving te komen kan afkomstig zijn van de bondsregering, de bondsdag of de bondsraad. Het wetsvoorstel wordt ingediend bij de bondsdag. De behandeling van het wetsvoorstel in de bondsdag verloopt volgens een vast patroon (via een eerste, tweede en derde 'Lesung'). Een wet is door de bondsdag aangenomen als de meerderheid van de uitgebrachte stemmen het voorstel ondersteunt. Vervolgens gaat het voorstel naar de bondsraad. De procedure is afhankelijk van de vraag of het een 'Einspruchsgesetz' of een 'Zustimmungsgesetz' betreft. Bij meningsverschillen tussen bondsdag en bondsraad kan een zogenaamde 'Vermittlungsausschuß',³³ bestaande

32 Zo luidt artikel 75, eerste lid, van de 'Verfassung des Freistaates Bayern' van 2 december 1946 als volgt: 'Die Verfassung kann nur im Wege der Gesetzgebung geändert werden. Anträge auf Verfassungsänderungen, die den demokratischen Grundgedanken widersprechen, sind unzulässig'. Het tweede lid zegt: 'Beschlüsse des Landtags auf Änderung der Verfassung bedürfen einer Zweidrittelmehrheit der Mitgliederzahl. Sie müssen dem Volk zur Entscheidung vorgelegt werden'.

33 Zie ook bij Katz, *a.w.*, p. 197. Katz onderscheidt drie fasen in het proces van wetgeving:

uit leden van de bondsdag en de bondsraad, een belangrijke rol spelen. De wet komt tot stand als de bondsraad of toestemming geeft, of geen bezwaar maakt of in geval de bondsdag de bezwaren van de bondsraad door stemming³⁴ naast zich neer legt (artikelen 77 en 78 GG). Tenslotte behoeft de wet in verband met de uitvaardiging de medeondertekening door de bondspresident en moet de wet bekend worden gemaakt door plaatsing in het 'Bundesgesetzblatt' (artikel 82 GG).

De conclusie kan zijn dat een wet tot stand komt door een 'samenspel' tussen de genoemde organen en dat de procedure met de nodige waarborgen is omgeven. De belangrijke positie van de wet als regelingsvorm volgt voorts uit de tweede volzin van het derde lid van artikel 20 GG: '(...) die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden'. Bij de precieze betekenis van deze grondwettelijke bepaling wordt in de volgende paragraaf nog uitvoerig stilgestaan.

De derde regelingsvorm is de 'Rechtsverordnung'. Hierbij gaat het om regelgeving door bestuursorganen. 'Anderseits gibt es Gesetze im nur materiellen Sinn, die zwar eine nach aussen wirkende rechtliche Regelung enthalten, aber nicht in parlamentarischen Verfahren zustande gekommen sind, sondern von der Exekutive erlassen wurden. Dass sind "Rechtsverordnungen"'.³⁵ Bepalingen ten aanzien van het fenomeen 'Rechtsverordnung' treffen we in artikel 80 GG. De organen die een dergelijke regeling kunnen uitvaardigen zijn de 'Bundesregierung', een 'Bundesminister' en de 'Landesregierungen'. Als de wet het mogelijk maakt, kunnen genoemde organen de regelgevende competentie eventueel overdragen aan andere bestuursorganen.

De basis van de bevoegdheid tot het uitvaardigen van 'Rechtsverordnungen' berust op de wet (in formele zin). De eerste volzin van het eerste lid van artikel 80 GG luidt: 'Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen'. Er bestaat dus geen zelfstandige bevoegdheid tot het uitvaardigen van dergelijke verordeningen. Deze wettelijke basis wordt nog eens geaccentueerd door de bepaling dat subdelegatie van de regelgevende bevoegdheid slechts mogelijk is als de wet daarin voorziet.

'Einleitungsverfahren', 'Hauptverfahren' en 'Abschlußverfahren' (zie p. 195 e.v.).

34 Het vierde lid van artikel 77 GG luidt: 'Wird der Einspruch mit der Mehrheit der Stimmen des Bundesrates beschlossen, so kann er durch Beschluß der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages zurückgewiesen werden. Hat der Bundesrat den Einspruch mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Stimmen beschlossen, so bedarf die Zurückweisung durch den Bundestages einer Mehrheit von zwei Dritteln'.

35 Model/Müller, *a.w.*, p. 515.

Artikel 80 GG, eerste lid, vierde volzin luidt: 'Ist durch Gesetz vorgesehen, daß eine Ermächtigung weiter übertragen werden kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung'.

Een belangrijke materiële begrenzing van de mogelijkheid tot overdracht van regelgevende bevoegdheid door de wetgever aan de 'Verordnungs'-gever is te vinden in de tweede volzin van het eerste lid van artikel 80 GG: 'Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung in Gesetz bestimmt werden'. Op de betekenis van deze bepaling en op de jurisprudentie van het 'Bundesverfassungsgericht' ten aanzien van deze bepaling komt ik in de volgende paragraaf uitvoerig terug.

De bepalingen ten aanzien van de procedure die leidt tot vaststelling en uitvaardiging van 'Rechtsverordnungen' zijn niet erg talrijk. In het tweede lid van artikel 80 GG wordt de positie van de bondsraad in de vaststellingsprocedure aangegeven. Drie typen 'Rechtsverordnungen' behoeven, tenzij de wet anders bepaalt, de toestemming van de bondsraad: 'Rechtsverordnungen' van de bondsregering of een bondsminister ten aanzien van 'Grundsätze und Gebühren für die Benutzung der Bundesbahn, des Post- und Fernmeldewesens und über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen', 'Rechtsverordnungen' op basis van wetten die de toestemming van de bondsraad behoeven en 'Rechtsverordnungen' op basis van wetten die door de landen worden uitgevoerd. Een formeel vereiste in verband met de vaststelling van 'Rechtsverordnungen' is dat aangegeven moet worden welke de delegerende wettelijke bepaling is ('Zitiergebot', derde volzin van het eerste lid van artikel 80 GG). Tenslotte volgt uit het eerste lid van artikel 82 GG dat 'Rechtsverordnungen', door het orgaan dat ze heeft vastgesteld, uitgevaardigd moeten worden en tevens dat ze, tenzij de wet anders heeft bepaald, in het 'Bundesgesetzblatt' moeten worden gepubliceerd.³⁶

De vierde regelingsvorm in het Duitse stelsel is de 'Satzung'. Achterberg omschrijft deze regelingsvorm als volgt: 'Satzungen sind Rechtsnormen, die eine juristische Person des öffentlichen Rechts (Körperschaft, Anstalt, Stiftung) im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie zur Regelung ihrer Angelegenheiten in dem dafür vorgesehenen Verfahren erläßt'.³⁷ 'Satzungen' kunnen dus slechts de rechtsverhoudingen (mee)bepalen tussen de drager van het zelfbestuur en de daartoe behorende burgers. Bij deze zogenoemde 'Selbstverwaltungsträger' moet in eerste instantie worden

36 Dit betreft 'Rechtsverordnungen' van de bond. Eventueel kunnen die ook in de 'Bundesanzeigen' worden gepubliceerd. Dit volgt uit de wet inzake de bekendmaking van 'Rechtsverordnungen' (van 30 januari 1950). 'Rechtsverordnungen' van de landsregering of van een landsminister worden in de 'Verordnungsblättern' van de landen gepubliceerd.

37 Achterberg, *a.w.*, p. 92.

gedacht aan gemeenten en 'Gemeindeverbünde'/'Landkreise' en daarnaast aan bijvoorbeeld universiteiten, 'Industrie-und Handelskammern', 'Ärztckammern', 'Sozialversicherungsträger' en 'Rundfunkanstalten'.

Op de vraag welke organen bevoegd zijn 'Satzungen' uit te vaardigen valt geen eenduidig antwoord te geven. Dit is namelijk afhankelijk van de organisatie- en bevoegdheidsregels van het betreffende lichaam. In de regel zal deze regelgevende bevoegdheid toebehoren aan het democratisch gelegitimeerde orgaan (op gemeentelijk niveau de 'Gemeindevertretung' of 'Rat'). De bevoegdheid om 'Satzungen' te maken berust wel op een 'Delegationszusammenhang zum staatlichen Recht'.³⁸ 'Satzungen' moeten dan ook, evenals 'Rechtsverordnungen', worden beschouwd als een afgeleide, niet-zelfstandige bevoegdheid tot regelgeving. In tegenstelling tot 'Rechtsverordnungen' behoeven ze echter geen speciale wettelijke grondslag. Gesproken kan worden van 'Satzungsautonomie'. Of zoals Maurer het stelt: 'Daher ist der Erlaß der Rechtsverordnung heteronome, die Satzungsgebung dagegen autonome Rechtsetzung'.³⁹

De 'Satzungs'-bevoegdheid vindt wel begrenzing in wettelijke bepalingen. Dit blijkt ook uit de inhoud van de grondwettelijke bepaling (artikel 28, tweede lid, GG) die de gemeente de 'Selbstverwaltung' garandeert: 'Den Gemeinden muß das recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben in Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung'. Op de beperking van de bevoegdheid in het kader van het 'Gesetzesvorbehalt' ga ik in de volgende paragraaf in. Ook voor de procedureregels ten aanzien van de vaststelling en uitvaardiging van 'Satzungen' geldt dat deze afhankelijk zijn van de betreffende decentrale situatie.

De laatste vorm van regelgeving die we kunnen onderkennen in het Duitse rechtsstelsel, is die van de 'Verwaltungsvorschriften' c.q. 'Verwaltungsverordnungen'. Volgens de meer traditionele opvattingen kunnen deze 'Verwaltungsvorschriften' niet als regelgeving/rechtsregels worden beschouwd. Omdat ze betrekking hebben op het zogenaamde 'Innenbereich der Verwaltung' en zich niet richten tot burgers zouden ze niet tot het recht

38 Achterberg, *a.w.*, p. 93.

39 H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 1992, p. 56. Ossenbühl spreekt van 'Rechtsverordnungen' als 'dekoncentrierten Rechtsetzung' en van 'Satzungen' als 'dezentralisierten Rechtsetzung', F. Ossenbühl, *Die Quellen des Verwaltungsrechts*, in: H.-V. Erichsen en W. Martens (red.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin 1992, p. 148.

behoren.⁴⁰ Tegenwoordig rekenen de meeste auteurs de bestuursvoorschriften wel degelijk tot de rechtsnormen.⁴¹

‘Verwaltungsvorschriften’ kunnen worden gedefinieerd als regels die een bestuursorgaan kan vaststellen ter zake van de organisatie, de werkwijze of het beleid van ondergeschikte organen en ambtenaren, dan wel ter zake van de uitleg van wettelijke bepalingen.⁴² Als belangrijkste typen bestuursvoorschriften kunnen worden genoemd: ‘Organisatorische Vorschriften’, ‘Norminterpretierende Vorschriften’ en ‘Ermessensrichtlinien’.⁴³ Hoewel de bestuursvoorschriften in beginsel niet tot burgers zijn gericht, kunnen ze in sommige gevallen (met name de ‘Ermessensrichtlinien’), via de constructie van de zelfbinding van het bestuur, toch een ‘Außenwirkung’ hebben. Het gelijkheidsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 3, eerste lid, van de Duitse grondwet, dwingt bestuursorganen tot een gelijkmatige, stelselmatige uitoefening van bevoegdheden met beleidsvrijheid. ‘Art. 3 GG fungiert damit als "Umschaltnorm" die verwaltungsinterne Weisungen in die das Staatsbürger — Verhältnis unmittelbar regelnde (Außen-)Rechtsordnung extravertiert’.⁴⁴ De intensiteit van deze binding verschilt echter van die van wetten en ‘Rechtsverordnungen’. In bijzondere gevallen moet van de bestuursvoorschriften worden afgeweken.

Als we het normstellingsniveau van de bestuursvoorschriften verder typeren als een regelingsvorm, dan leidt dat tot de volgende conclusies. Voor wat betreft de organen die dergelijke regels kunnen stellen; dit kunnen alle bestuursorganen zijn (bijvoorbeeld de ‘Bundesregierung’, een ‘Bundesminister’ of een ‘Landesregierung’). De bevoegdheid tot het uitvaardigen van bestuursvoorschriften behoeft geen (specifieke) wettelijke grondslag, maar is inherent aan de uitoefening van de bestuurstaak. ‘Grundlage für den Erlaß von Verwaltungsvorschriften ist die auf die verschiedenen Verwaltungsinstanzen verteilte Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt der Exekutive. Jede Behörde und jede Verwaltungsträger kann nur soweit Verwaltungsvorschriften erlassen wie seine Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt reicht’.⁴⁵ Er bestaan echter ook (grond-)wettelijke bepalingen waarin een (algemene) bevoegdheid wordt gegeven tot

40 Zie Ossenbühl, *a.w.*, p. 130.

41 Zie Achterberg, *a.w.*, p. 118. Het ‘Bundesverwaltungsgericht’ reserveert de term ‘Rechtsnorm’ nog voor voorschriften die op basis van een wettelijke bevoegdheid tot regelstelling zijn gegeven. (*BVerwG*, 61, 15) Zie bij Hirsch Ballin, *a.w.*, p. 98.

42 Zie Hirsch Ballin, *a.w.*, p. 98.

43 Vergelijk Ossenbühl, *a.w.*, p. 131-132.

44 Ossenbühl, *a.w.*, p. 139.

45 Ossenbühl, *a.w.*, p. 142.

het uitvaardigen van bestuursvoorschriften. Ik wijs in dit verband op de artikelen 84, tweede lid en 85, tweede lid van het GG waarin staat dat 'die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen kann'.⁴⁶

Algemeen geldende procedurevoorschriften voor het maken en uitvaardigen van bestuursvoorschriften zijn er niet. Er is al gewezen op de noodzaak van toestemming van de bondsraad voor de in de artikelen 84 en 85 GG bedoelde, door de bondregering uit te vaardigen, bestuursvoorschriften. Ook in sommige wetten en 'Rechtsverordnungen' zijn wel enige procedurebepalingen te vinden over het stellen van bestuursvoorschriften. Tevens kan worden genoemd de 'gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien' (GGO II). Hierin zijn bepalingen opgenomen ter zake van de vormgeving en publikatie van bestuursvoorschriften. Een algemene publikatieplicht bij bestuursvoorschriften bestaat niet. Vaak worden ze bekendgemaakt via circulaire ('Rundschreiben'), die aan de betrokken instanties gestuurd worden. 'Verwaltungsvorschriften' met een zogenaamde 'Außenwirkung' moeten voor de inwerkingtreding worden gepubliceerd.⁴⁷ Dit geschiedt in de regel in de 'Ministerialblättern' en 'Amtsblättern'.

De vergelijking van de Duitse bestuursvoorschriften met onze beleidsregels ('Ermessensrichtlinien') en wetsinterpreterende regels ('Auslegungsrichtlinien'/'Norminterpretierende Vorschriften') ligt voor de hand. De plaats en betekenis van beide regelingsvormen in de respectieve rechtsstelsels is ook nagenoeg identiek. Een opvallend punt van verschil ligt hierin, dat er in het Duitse stelsel in sommige gevallen sprake is van een (grond-)wettelijke bevoegdheid tot het stellen van bestuursvoorschriften. Bij onze beleidsregels is juist het wezenskenmerk dat de bevoegdheid tot regelstelling ontbreekt.

4 Het beginsel van de 'Gesetzmäßigkeit der Verwaltung'

In de vorige paragraaf van dit hoofdstuk zijn de belangrijkste vormen van regelgeving in het Duitse rechtsstelsel besproken. Zo ontstond het beeld van een 'Normenstufenbau'; een hiërarchie van regelingsvormen op basis van drie criteria: het orgaan dat de regeling heeft vastgesteld, de grondslag

46 Von Münch wijst erop dat dergelijke algemene bestuursvoorschriften berusten op de zogenoemde 'Organisationsgewalt' van het desbetreffende orgaan. I. von Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, München 1983, p. 326.

47 Vergelijk Achterberg, *a.w.*, p. 118 en Ossenbühl, *i.a.p.*

van de bevoegdheid tot regelgeving en de procedure volgens welke de regels tot stand komen. Achtereenvolgens werden de volgende regelingsvormen onderscheiden en besproken: 'Grundgesetz', 'Gesetz', 'Rechtsverordnung', 'Satzung' en 'Verwaltungsvorschrift'.

In deze paragraaf wordt de kwestie van de mogelijke inhoud van de respectievelijke regelingsvormen in beschouwing genomen. Hoe verhouden zich de verschillende vormen van regelgeving tot elkaar voor wat betreft de te regelen materie? Wat kan of moet in een bepaalde regelingsvorm neergelegd worden? Welke typen normen en beslissingen kunnen in de regelingen worden gesteld of genomen? We hebben dan te maken met een competentievraagstuk. Welke (regelings)bevoegdheden komen toe aan de wetgever (in formele zin) en welke aan lagere regelgevers c.q. bestuursorganen? Op deze verhouding tussen de wet en de lagere normstellingsniveaus in Duitsland wordt in het vervolg nader ingegaan. Hiertoe worden de relevante grondwettelijke bepalingen, de jurisprudentie van het 'Bundesverfassungsgericht' (BVerfG.) en in bepaalde gevallen ook van het 'Bundesverwaltungsgericht' (BVerwG.) ter zake en de literatuur over dit thema onderzocht en geanalyseerd.

In de titel van deze paragraaf wordt gesproken van de 'Gesetzmäßigkeit der Verwaltung'; het beginsel van de wetmatigheid van bestuur, ook wel aangeduid als het legaliteitsbeginsel. Echter, niet gezegd kan worden dat deze vlag de lading helemaal dekt. Centraal staat de kwestie van de verdeling van regelgevende bevoegdheden. Toch wordt dit onderwerp in de Duitse literatuur in het algemeen behandeld in het kader van het beginsel van de 'Gesetzmäßigkeit der Verwaltung'.⁴⁸

Daarbij worden dan twee verschillende aspecten van het wetmatigheidsbeginsel onderscheiden: het principe van de 'Vorrang des Gesetzes', de wetmatigheid in negatieve zin, en het principe van het 'Vorbehalt des Gesetzes', de wetmatigheid in positieve zin.⁴⁹ Voor dit onderzoek is vooral het beginsel van het 'Vorbehalt des Gesetzes' van belang. Het gaat dan met name om de omvang en de reikwijdte van het wetsvoorbehoud. Ossenbühl stelt: 'Der Gesetzesvorbehalt betrifft lediglich die Frage, welches Staatsorgan Regelungen treffen darf resp. treffen soll, weil es dazu kraft Wahl und Zusammensetzung legitimiert ist'.⁵⁰

48 Zie bijvoorbeeld Achterberg, *a.w.*, p. 80 e.v. en Ossenbühl, *a.w.*, p. 103 e.v.

49 Zie bij Achterberg, *i.a.p.*

50 F. Ossenbühl, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: V. Götz e.a. (red.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle* (Göttinger Symposium), München 1985, p. 13.

In het vervolg van deze paragraaf zal achtereenvolgens worden ingegaan op de achtergronden van het beginsel van de 'Gesetzmäßigkeit der Verwaltung', in het bijzonder het 'Vorbehalt des Gesetzes', de relevante grondwettelijke bepalingen en de jurisprudentie ter zake. Tenslotte worden de belangrijkste conclusies op een rij gezet.

4.1 Achtergronden van het 'Gesetzmäßigkeitsprinzip'

Bij het beginsel van de wetmatigheid van bestuur gaat het, zoals gesteld, in belangrijke mate om een competentievraagstuk. In de Duitse literatuur over dit thema komt dat ook duidelijk tot uitdrukking. Ossenbühl stelt: 'Mit dem Begriff des Gesetzesvorbehaltes wird verfassungsrechtlich ein Kompetenzproblem erfaßt. Es geht um die Abgrenzung der Wirkungsbereiche zwischen erster und zweiter Gewalt, der Kompetenzräume zwischen Parlament und Exekutive'.⁵¹

In de historische context moet bij deze verdeling en afgrenzing van bevoegdheden tussen het parlement en de uitvoerende macht uiteraard worden gedacht aan de verhouding volksvertegenwoordiging-Koning. In het negentiende eeuwse Duitsland was het wetmatigheidsbeginsel, en met name het principe van het 'Gesetzesvorbehalt', een belangrijk postulaat van het liberale denken. Het was de juridische, constitutionele probleemformulering en vormgeving van de feitelijke politieke rivaliteit tussen het parlement, als vertegenwoordiger van de burgers, en de vorst, als de uitvoerende macht zonder enige democratische legitimatie. 'Das Gesetz diente dabei als Chiffre für die Grenzziehung zweier Machtsphären; es kennzeichnete die Gegenstände parlamentarischer, d.h. bürgerlicher Mitbestimmung, die der früheren Alleinkompetenz des Monarchen entrissen worden waren'.⁵²

Ingrijpen in de vrijheid en eigendom van de burger kon slechts geschieden op grond van de wet, die werd vastgesteld in overeenstemming met de wil van de volksvertegenwoordiging. Er was dus sprake van een bepaald materieel wetsbegrip, namelijk een regeling die ingrijpt in de vrijheids- en eigendomssfeer van de burgers. Het 'Gesetzesvorbehalt' werd als een 'Eingriffsvorbehalt' beschouwd. De activiteiten van de uitvoerende macht/het bestuur die de vrijheids- en eigendomssfeer van de burger bepaalden, behoefden een wettelijke grondslag. De wet moest de burgers behoeden voor ongebreidelde machtsuitoefening en willekeur van de kant van de vorst.

⁵¹ Ossenbühl, a.w., p. 14

⁵² Ossenbühl, a.w., p. 15

In de moderne democratische en sociale rechtsstaat bevindt het wetmatigheidsbeginsel zich in een veranderde context. In een parlementaire democratie ontbreekt de scherpe rivaliteit en dualiteit tussen volksvertegenwoordiging en uitvoerende macht. De regering is afhankelijk van het vertrouwen van (de meerderheid in) het parlement en heeft aldus ook een democratische legitimatie, ook al is die indirect. Het spreekt vanzelf dat deze ontwikkeling invloed heeft op de inhoud en betekenis van het 'Gesetzmäßigkeitsprinzip'. 'In der parlamentarischen Demokratie steht dem Parlament kraft seines Zugriffsrechtes prinzipiell die Kompetenz-Kompetenz zu. Der Gesetzesvorbehalt hat in der parlamentarischen Demokratie nicht mehr die Funktion, der Exekutive überkommene Befugnisse zu entreissen. Vielmehr stehen jetzt Fragen der Demokratischen Legitimation und der Verfahrensöffentlichkeit von Entscheidungen im Vordergrund. Parlamentarische und exekutive Entscheidungen sind nicht durch die Verschiedenheit von realpolitischen Machträgern, sondern durch Unterschiede der demokratischen Legitimation sowie der Integrationswirkung und der Transparenz des Entscheidungsverfahrens gekennzeichnet. Die parlamentarische Entscheidung hat eine grössere Legitimationswirkung, Integrationskraft und Transparenz als Regelungen der Exekutive. Dies führt zu neuen Orientierungen über den Grenzverlauf des Gesetzesvorbehaltes'.⁵³ De tegenstelling tussen de wet (in formele zin) en andere, lagere regelingen is weliswaar opgeheven en het onderscheid verkleind. Dit neemt niet weg dat de wet voor wat betreft de procedure van vaststelling evidente 'voordelen' heeft boven andere regelingsvormen. Daaraan ontleent de wet ook de hogere geldingskracht.

Relevant is de vraag naar de — aan de veranderde omstandigheden — aangepaste invulling van het beginsel van het 'Vorbehalt des Gesetzes'. Wat zijn de tegenwoordige vraagstukken in verband met de invulling en vormgeving van dat beginsel? Peine benadrukt, bij zijn bespreking van de relatie 'Gesetz(geber)'-'Verordnung(geber)', de (on)mogelijkheden van het overdragen dan wel overlaten van 'Rechtsetzungsbefugnis' door de wetgever. 'Es geht somit im wesentlichen heute darum, in welchem Umfang das Parlament Rechtsetzungsbefugnisse delegieren oder normierungsbedürftige Materien ungeregelt lassen kann'.⁵⁴ Ossenbühl stelt dat in de huidige situatie onderscheid moet worden gemaakt tussen het 'Gesetzesvorbehalt', met een rechtsstatelijke achtergrond, en het 'Parlamentsvorbehalt', met een democratische achtergrond. Ook hij legt dan de verbinding naar het

53 Ossenbühl, *a.w.*, p. 16 en 17.

54 F.-J. Peine, *Gesetz und Verordnung*, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1988, p. 122.

delegatievraagstuk: 'Es handelt sich beim Parlamentsvorbehalt mithin um einen zum Delegationsverbot verdichteten Gesetzesvorbehalt'.⁵⁵ Papier spreekt van het onderscheid 'Rechtssatzvorbehalt'-'Parlamentsvorbehalt'.⁵⁶

Op basis van een bepaalde bevoegdheidsverdeling in combinatie met de mogelijkheid om al dan niet een bevoegdheid over te kunnen dragen kunnen drie relevante typen bevoegdheden worden onderscheiden: 'ausschließliche Parlamentskompetenzen', 'übertragbare Parlamentskompetenzen' en 'originäre Exekutivkompetenzen'.⁵⁷ De vraag blijft dan aan welk orgaan welke bevoegdheden toekomen en welke van die bevoegdheden eventueel kunnen worden gedelegeerd. Ossenbühl merkt in dit verband op dat het moet gaan om een 'Zuordnung von Regelungszuständigkeiten an jenes Staatsorgan, welches nach Ausstattung und Legitimation die optimale Entscheidung verbürgt'.⁵⁸ Het gaat om de goede verhouding tussen de inhoud en de betekenis van de regeling enerzijds en de positie, de samenstelling van het bevoegde orgaan en de te volgen procedures anderzijds. In de Nederlandse literatuur heeft Hirsch Ballin dit aangeduid met de term functionele keuze van het normstellingsniveau: 'het hangt van de aard en het gewicht van de door de normstelling geraakte belangen af, welk niveau van normstelling vereist is om deze uit het oogpunt van de betrokken participanten voorzienbaar en democratisch gecontroleerd — kortom: betrouwbaar — te doen zijn'.⁵⁹

Achterberg beklemtoont, bij zijn behandeling van het 'moderne' wetmatigheidsbeginsel, de kwestie van de omvang en reikwijdte van het 'Gesetzesvorbehalt'.⁶⁰ Duidelijk is dat het wetsvoorbehoud geldt voor de zogenaamde 'Eingriffsverwaltung'; ingrepen in de vrijheids- en eigendomsfeer behoeven een wettelijke grondslag. Deze 'Freiheits- und Eigentums-klausel' vormt, zoals gezegd, de historische/traditionele kern van het principe van het 'Gesetzesvorbehalt'. De variant die aan het 'Gesetzesvorbehaltprinzip' de meest vergaande reikwijdte geeft wordt aangeduid met de term 'Totalvorbehalt'. De aanhangers van deze variant verdedigen dat alle

55 Ossenbühl, *a.w.*, p. 18, voor het onderscheid 'Gesetzesvorbehalt'-'Parlamentsvorbehalt' ook, C-E. Eberle, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, *Die Öffentliche Verwaltung* 1984, p. 485-492.

56 H-J. Papier, Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: Götz e.a. (red.), *a.w.*, p. 50 e.v.

57 Vergelijk Ossenbühl, *a.w.*, p. 18 en F-J. Peine, *a.w.*, p. 125.

58 Ossenbühl, *a.w.*, p. 14.

59 E.M.H. Hirsch Ballin, Recht op beleidsregels en beleidsregels als recht, *Ars Aequi* 1986, p. 500.

60 Achterberg, *a.w.*, p. 82 en 83. Ook de meeste andere auteurs stellen deze kwestie aan de orde, zie bijvoorbeeld Maurer, *a.w.*, p. 92 e.v.

activiteiten, handelingen, maatregelen en besluiten van bestuursorganen een wettelijke grondslag behoeven. Tussenvormen houden een uitbreiding in van het 'Eingriffsvorbehalt' met bepaalde terreinen van overheidsoptreden; bijvoorbeeld de 'Leistungsverwaltung', met name moet dan worden gedacht aan subsidiëring, of wat in het Duitse recht wordt aangeduid met de term 'besondere Gewaltverhältnisse'. Daarbij gaat het om de rechtsbetrekkingen tussen de staat enerzijds en groepen die in een bijzondere verhouding tot de overheid staan, zoals ambtenaren, militairen, scholieren en gedetineerden, anderzijds.⁶¹

Een andere variant, die ook als een tussenvorm kan worden beschouwd, houdt in dat alle wezenlijke besluiten zijn voorbehouden aan de wetgever (in formele zin), ongeacht op welk terrein van overheidsactiviteit ze betrekking hebben. Deze variant wordt de 'Wesentlichkeitstheorie' genoemd en is ontwikkeld in de jurisprudentie van het 'Bundesverfassungsgericht'.⁶² Bij de bespreking van de jurisprudentie van het 'Bundesverfassungsgericht' (onder 3 van deze paragraaf) kom ik uitvoerig terug op deze theorie en op de andere genoemde modaliteiten van invulling van het 'Gesetzesvorbehaltprinzip'.

4.2 Grondwettelijke bepalingen

De negatieve kant van het 'Gesetzmäßigkeitsprinzip', het beginsel van de voorrang van de wet, is verankerd in artikel 20, derde lid, van de Duitse grondwet. Deze bepaling luidt als volgt: 'Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden'. Het beginsel van het 'Vorbehalt des Gesetzes' — en met name de omvang en de reikwijdte ervan — valt niet rechtstreeks uit deze grondwettelijke bepaling af te leiden. Wel kan worden gesteld dat de Grundgesetz op basis van het rechtsstatelijke element in artikel 20, derde lid, het beginsel van het 'Gesetzesvorbehalt' veronderstelt.⁶³

Artikel 20, derde lid, kan dus worden beschouwd als de kernbepaling in de Grundgesetz in verband met de uitdrukking daarin van het wetmatigheidsbeginsel. De voorrang van de wet blijkt er rechtstreeks uit en is in beginsel absoluut. Het voorbehoud van de wet kan er uit worden afgeleid

61 Zie ook Maurer, *a.w.*, p. 100 e.v. en Hirsch Ballin, *De Bondsrepubliek Duitsland*, p. 83.

62 Vergelijk mijn bijdrage voor de Buitenlandse kroniek, *Bestuurswetenschappen* 1987, p. 281-284.

63 Vergelijk Achterberg, *a.w.*, p. 80 en Model/Müller, *a.w.*, p. 254-257.

zonder dat de omvang en reikwijdte ervan duidelijk worden. Uit artikel 19, eerste lid, Grundgesetz volgt dat de beperking van grondrechten in elk geval op de wet moet berusten: 'Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetz eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Ausserdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Aufgabe des Artikels nennen'. Dit wetsvoorbehoud ten aanzien van de beperking en nadere invulling van grondrechten blijkt overigens ook uit de desbetreffende grondwettelijke bepalingen waarin de grondrechten tot uitdrukking worden gebracht. Voor de eigendom en het erfrecht bijvoorbeeld blijkt dit uit het eerste lid van artikel 14 van de Grundgesetz: 'Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt'.

Een andere grondwettelijke bepaling die van wezenlijk belang is voor de verdeling van regelgevende bevoegdheden en tevens nadere inhoud geeft aan het 'Gesetzmäßigkeitsprinzip' is artikel 80, eerste lid. 'Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmass der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. Ist durch Gesetz vorgesehen, dass eine Ermächtigung weiter übertragen werden kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung'. Met name de tweede volzin van deze bepaling inzake delegatie van regelgevende bevoegdheden is van belang. Door eisen te stellen aan de inhoud van bevoegdheidsnormen wordt beoogd te voorkomen dat via blanco-delegaties het primaat van de wetgever (in formele zin) tot een farce wordt. 'Das Gesetz steckt damit dem Ordnungsgeber einen Rahmen, in dem allein er sich bewegen darf. Abs. 1 Satz 2 zwingt den Gesetzgeber, die entscheidende Regelung selbst zu treffen'.⁶⁴ In de volgende subparagraaf wordt de jurisprudentie van het 'Bundesverfassungsgericht' ten aanzien van genoemde grondwettelijke bepalingen besproken.

4.3 Jurisprudentie

In deze subparagraaf wordt de jurisprudentie ter zake van het 'Gesetzmäßigkeitsprinzip', met name van het 'Gesetzesvorbehalt', besproken. Gelet op het vorenstaande mag het duidelijk zijn, dat hiermee tevens de jurisprudentie aan de orde komt die relevant is in verband met de verdeling van regelgevende bevoegdheden in het Duitse rechtstelsel en die betrekking heeft op

64 Model/Müller, *a.w.*, p. 517.

de behandelde grondwettelijke bepalingen, te weten de artikelen 20, derde lid, en 80, eerste lid, van de Grundgesetz. De jurisprudentie van de Duitse constitutionele rechter staat centraal. Waar nodig zal ook relevante jurisprudentie van het 'Bundesverwaltungsgericht' worden genoemd. De uitspraken zijn gerangschikt en worden behandeld aan de hand van een aantal centrale thema's.

Het eerste thema betreft de traditionele kant van het 'Gesetzesvorbehalt', te weten het ingrijpen door het bestuur in de vrijheid en eigendom van de burger.

'Eingriffsverwaltung'

In 1958 heeft het BVerfG. met haar 'Preisgesetz-Beschluß' meer duidelijkheid gegeven over de betekenis van artikel 80, eerste lid, tweede volzin, in het kader van de 'Eingriffsverwaltung'. Het ging in die uitspraak om de rechtmatigheid van delegatiebepalingen in het 'Preisgesetz', waarbij aan de 'Rechtsverordnung'-gever (in casu ging het om zogenaamde 'Zustimmungsverordnungen') nogal wat ruimte was gelaten. Het BVerfG. overwoog allereerst dat ook bij de interpretatie van bevoegdheidsnormen de 'normale' interpretatiemethoden gelden en gebruikt moeten worden. Vervolgens overweegt het BVerfG.:

'Die Grundsätze des Rechtsstaates fordern, dass auch Ermächtigungen der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte durch Gesetz nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sind, so dass die Eingriffe meßbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden (...). Das folgt insbesondere aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dieser Grundsatz fordert nicht nur irgendeine, sondern eine begrenzte und näher bestimmte Ermächtigung (...)'.

Echter,

Diese Grundsätze verwehren es dem Gesetzgeber nicht, in gewissem Umfang Generalklauseln und unbestimmte Begriffe zu verwenden. Sie machen es auch nicht unmöglich, den Verwaltungsbehörden einen gewissen Ermessensspielraum einzuräumen (...)' (BVerfG. 12-11-1958, *Band* 8, nr. 34).

Vervolgens komt het BVerfG., na een bepaald marginale toetsing van het onderwerp, de inhoud, het doel en de omvang van de bevoegdheidsbepaling, tot de conclusie dat er geen sprake is van onrechtmatigheid.

Ook het gebruik van 'kan'-bepalingen bij belastende bevoegdheidstoedelingen is toelaatbaar. In haar uitspraak van 3 februari 1959 overwoog het BVerfG. in dat verband:

‘Das Prinzip des Rechtsstaates fordert, daß die Verwaltung in den Rechtskreis des Einzelnen nur eingreifen darf, wenn sie dazu in einem Gesetz ermächtigt wird, und daß diese Ermächtigung nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ist (...). Die Verwendung des Wortes "kann" in gesetzlichen Bestimmungen, die der Verwaltung zu Eingriffen in den Rechtskreis der Einzelnen ermächtigen, entspricht also dem grundsätzlichen Verhältnis von Legislative und Exekutive im Rechtsstaat (...). Unter rechtsstaatlichem Aspekt entscheidend ist, ob das, wozu die Verwaltung ermächtigt wird, hinreichend klar umschrieben ist (...)' (BVerfG. 3-2-1959, *Band* 9, nr. 14).

In het kader van het onderhavige thema valt ook nog te wijzen op andere uitspraken van het BVerfG. (BVerfG. 5-8-1966, *Band* 20, nr. 14, BVerfG. 10-10-1972, *Band* 34, nr. 4 en BVerfG. 22-6-1988, *Band* 78, nr. 30) en op een uitspraak van het BVerwG., waarin wordt overwogen dat een wettelijke grondslag noodzakelijk is, als er sprake is van een onlosmakelijke wisselwerking tussen belastende en begunstigende maatregelen:

‘(...), dass jedenfalls dann, wenn eine untrennbare Wechselbeziehung zwischen der Auferlegung von Belastungen und der Gewährung von Begünstigungen besteht, eine einheitliche rechtliche Beurteilung erforderlich ist (...)' (BVerwG. 21-3-1958, *Band* 6, nr. 69).

Het gebod van voldoende bepaaldheid van de wet dwingt de wetgever niet de elementen van een strafbaar feit met precieze, omvattende maatstaven te omschrijven. Wel is de wetgever gehouden zijn voorschriften zo bepaald te maken als mogelijk is naar de aard van het te ordenen gedrag gekoppeld aan het doel van de norm (BVerfG. 18-5-1988, *Band* 78, nr. 19).

‘Satzungsautonomie’

In een aantal uitspraken heeft het BVerfG. duidelijk gemaakt, dat het bepaalde in artikel 80, eerste lid, tweede volzin, niet onverkort van toepassing is op de vaststelling van de ‘Satzung’. In haar uitspraak van 2 mei 1961 bijvoorbeeld overweegt het BVerfG.:

‘Abgesehen davon, daß eine unmittelbare Anwendung des für den Bereich der Bundesgesetzgebung geltenden Art. 80 Abs. 1 GG hier ausscheidet, lassen sich die Grundsätze, die für die Übertragung rechtssetzender Gewalt an die Exekutive durch ihre Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen gelten, nicht auf die Verleihung autonomer Satzungsgewalt an rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts anwenden. Das Recht, solche Satzungen mit Rechtswirkung für den vom Tätigkeitsbereich der Anstalt erfaßten Personenkreis zu erlassen, ist ein wesentliches Element der Selbstverwaltung in deren Verleihung die Länder

durch das Grundgesetz nicht beschränkt sind (...)’ (BVerfG. 2-5-1961, *Band* 12, nr. 30, zie ook BVerfG. 14-12-1965, *Band* 19, nr. 31).

In haar uitspraak van 21 december 1966 voegt het BVerfG., ten aanzien van een gemeentelijke belasting-‘Satzung’, daar het volgende aan toe:

‘Beisolchen Satzungen wird der Gewaltenteilungsgrundsatz nicht durchbrochen. Sie werden von den Gemeindevertretung im Rahmen der Gemeindeautonomie beschloßen. Es wird also die Rechtsetzungsbefugnis innerhalb der Legislative nur auf andere demokratische Gremien und nicht auf die Exekutive verlagert (...)’ (BVerfG. 21-12-1966, *Band* 21, nr. 7, ook BVerfG. 23-2-1972, *Band* 32, nr. 25).

Kunig heeft deze jurisprudentie van het BVerfG. als volgt samengevat: ‘Allgemeiner Ansicht nach ergeben sich die Begrenzungen von Satzungsbe-fugnissen nicht aus Art. 80 Abs. 1 GG. Satzungen sind schon begrifflich keine Rechtsverordnungen. Sie beruhen auch auf einem anderen Organisationsprinzip. Während Rechtsverordnungen die Parlamente durch Dekonzentration entlasten sollen, hat die Satzungsautonomie zum Ziel, dem Satzungsgeber die eigenverantwortliche Selbstverwaltung zu ermöglichen’.⁶⁵ De vraag is dan of de ‘Satzungsautonomie’ helemaal geen beperkingen kent, of er nooit sprake behoeft te zijn van een grondslag in een wet in formele zin. Dit blijkt niet het geval te zijn. Uit de jurisprudentie volgt dat de wetgever bepaalde onderwerpen, die van wezenlijk belang zijn, niet mag overlaten aan organen van de ‘Selbstverwaltung’. In haar uitspraak van 29 januari 1991 stelt het BVerwG.:

‘(...) ist bei der Verleihung autonomer Sitzungsgewalt an Selbstverwaltungseinrichtungen nicht generell Art. 80 GG entsprechend enger Maßstab anzuwenden. Vielmehr darf der autonomen Sitzungsgewalt ein angemessener Gestaltungsspielraum belassen werden. Dabei nehmen die Anforderungen an die Ermächtigung zur satzungsmäßigen Regelung mit der Intensität zu (...)’ (BVerwG., 29-01-91, *Band* 87, nr. 38).

Bij de bespreking van de ‘Wesentlichkeitstheorie’ wordt deze jurisprudentie nader aan de orde gesteld.

In het vervolg van deze subparagraaf komt de jurisprudentie aan de orde, waarin een zekere herformulering/uitbreiding van het traditionele

⁶⁵ Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen 1986, p. 329.

‘Eingriffsvorbehalt’ tot uitdrukking komt. Ook deze jurisprudentie is ingedeeld aan de hand van bepaalde thema’s.

Een uitspraak die van groot belang is in verband met deze herformulering/uitbreiding en van een dermate algemeen karakter, dat een indeling binnen een bepaald thema niet goed mogelijk is, is BVerfG. 28 oktober 1975. Ik geef de centrale overwegingen:

‘Der Grundsatz des Vorbehalts des (allgemeinen) Gesetzes wird im Grundgesetz nicht expressis verbis erwähnt. Seine Geltung ergibt sich jedoch aus Art. 20 Abs. 3 GG. Die Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht, der Vorrang des Gesetzes also, würden ihren Sinn verlieren, wenn nicht schon die Verfassung selbst verlangen würde, daß staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen nur Rechtsens ist, wenn es durch das förmliche Gesetz legitimiert wird. Welche Bereiche das im einzelnen sind, läßt sich indessen aus Art. 20 Abs. 3 GG nicht mehr unmittelbar erschliessen. Insoweit ist vielmehr auf die *jeweils betroffenen Lebensbereiche und Rechtspositionen des Bürgers und die Eigenart der Regelungsgegenstände* (cursivering van mij, Ph.E) insgesamt abzustellen. Die Grundrechte mit ihren speziellen Gesetzesvorbehalten und mit den in ihnen enthaltenen objektiven Wertentscheidungen geben dabei konkretisierende, weiterführende Anhaltspunkte (...). Im Rahmen einer demokratisch-parlamentarischen Staatsverfassung, wie sie das Grundgesetz ist, liegt es näher anzunehmen, dass *die Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen*, (cursivering van mij, Ph.E) durch Gesetz erfolgen muß, und zwar losgelöst von dem in der Praxis fließenden Abgrenzungsmerkmal des "Eingriffs". Staatliches Handeln, durch das dem Einzelnen Leistungen und Chancen gewährt und angeboten werden, ist für eine Existenz in Freiheit oft nicht weniger bedeutungsvoll als das Unterbleiben eines "Eingriffs". Hier wie dort kommt dem vom Parlament beschlossenen Gesetz gegenüber dem bloßen Verwaltungshandeln die unmittelbare demokratische Legitimation zu, und das parlamentarische Verfahren gewährleistet ein höheres Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche und damit auch größere Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen. All das spricht für eine *Ausdehnung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts über die überkommenen Grenzen hinaus. Auch ausserhalb des Bereichs des Art. 80 GG hat der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen selbst zu treffen und zu verantworten* (cursivering van mij, Ph.E) (BVerfG. 28-10-1975, Band 40, nr. 22).

Na deze belangrijke algemene uitspraak in verband met de herformulering/uitbreiding van het ‘Gesetzesvorbehalt’ volgt nu een aantal categorieën uitspraken, waaruit deze herformulering verder blijkt.

'besondere Gewaltverhältnisse'

Zoals gesteld gaat het hierbij om de verhouding tussen de overheid enerzijds en personen die in een bijzondere verhouding tot de overheid verkeren, zoals ambtenaren, militairen, scholieren en gedetineerden anderzijds. Oorspronkelijk valt de regeling van dergelijke verhoudingen niet onder het 'Gesetzesvorbehalt'. Het gaat daarbij volgens de klassieke leer niet om naar buiten werkende rechtsnormen. In dit zogenoemde 'Innenbereich' kan volgens die leer worden volstaan met regeling door 'Verwaltungsvorschriften'.⁶⁶ Echter, in haar jurisprudentie heeft het BVerfG. deze leer doorbroken. De eerste uitspraak in dat verband was die van 14 maart 1972, waarin het BVerfG. uitmaakte dat de beperking van grondrechten van gedetineerden slechts kan gescheiden op grond van de wet (BVerfG. 14-3-1972, *Band* 33, nr. 1). Vervolgens volgen er tal van uitspraken, waarin een wettelijke grondslag wordt verlangd voor wezenlijke besluiten in het zogenaamde 'Schulwesen'. In die jurisprudentie gaat het om beslissingen over de invoering van een 'obligatorische Förderstufe' (BVerfG. 6-12-1972, *Band* 34, nr. 15), de uitsluiting van school (BVerfG. 27-1-1976, *Band* 41, nr. 14), de reorganisatie van de 'gymnasiale Oberstufe' (BVerfG. 22-6-1977, *Band* 45, nr. 16) en de seksuele voorlichting en opvoeding op school (BVerfG. 21-12-1977, *Band* 47, nr. 2). In de laatstgenoemde uitspraak overweegt het BVerfG.:

'Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG und das in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG niedergelegte Demokratieprinzip, die nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG auch für die verfassungsmässige Ordnung in den Ländern verbindlich seien, verpflichten den Gesetzgeber, in *grundrechtsrelevanten Bereichen die wesentlichen Entscheidungen* (cursivering van mij, Ph.E) selbst zu treffen (...). Zu den wesentlichen Entscheidungen im Schulwesen, deren Festlegung in den Grundzügen dem Gesetzgeber vorbehalten sei, gehörten die Bildungs- und Erziehungsziele, dies zumal in einem Bereich wie der hier streitigen Sexualerziehung (...)'.

Voor vergelijkbare jurisprudentie van het 'Bundesverwaltungsgericht' verwijs ik naar de volgende uitspraken: BVerwG. 15-11-1974, *Band* 47, nr. 30, BVerwG. 15-11-1974, *Band* 47, nr. 31, BVerwG. 11-6-1975, *Band* 48, nr. 40, BVerwG. 14-7-1978, *Band* 56, nr. 17 en BVerwG. 13-1-1982, *Band* 64, nr. 41.

66 Vergelijk Maurer, *a.w.*, p. 100.

‘Leistungsverwaltung’

Over de betekenis en de reikwijdte van het ‘Gesetzesvorbehalt’ bij de positief optredende, presterende overheid heeft het BVerfG. in haar schaarse jurisprudentie op dit terrein ook wat meer duidelijkheid gebracht. Het gaat dan in het bijzonder om de vraag of en in hoeverre het bestuursoptreden, waarbij subsidies, uitkeringen, belasting-aftrek en dergelijke worden toegekend, een wettelijke grondslag behoeft.

In de hierboven al uitvoerig besproken uitspraak van 28 oktober 1975 heeft het BVerfG. aangegeven dat presterend/positief optreden door de overheid voor burgers, bedrijven en instellingen zeker zo belangrijk kan zijn voor het bestaan en voortbestaan als het ingrijpen in de vrijheid en eigendom. ‘Im sozialen Rechtsstaat geht es nicht nur um Freiheit *vom* Staat, sondern auch um Freiheit *im* Staat und *durch* den Staat’.⁶⁷ In een zaak, waar het ging om toelatingsbeperkingen voor een studierichting (een numerus clausus voor de medicijnenstudie) overwoog het BVerfG.:

‘Das gilt besonders, wo der Staat- wie im Bereich des Hochschulwesens- ein faktisches, nicht beliebig aufgebbares Monopol für sich in Anspruch genommen hat und wo- wie im Bereich der Ausbildung zu akademischen Berufen- *die Beteiligung an staatlichen Leistungen zugleich notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten ist* (cursivering van mij, Ph.E.) (...). Die sonach grundsätzlich zulässigen Einschränkungen des Zulassungsrecht sind nur durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes verfassungsrechtlich statthaft (...). Dabei kann offenbleiben, ob die rechtsstaatlichen Grundsätze vom Vorbehalt des Gesetzes und von der Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns regelmäßig nur für die Eingriffs- und nicht gleichermassen für die Leistungsverwaltung gelten. Denn hier ist eine gesetzliche Grundlage deshalb erforderlich, weil die Beteiligung an staatlichen Leistungen die notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten darstellt (...)’ (BVerfG.18-7-1972, Band 33, nr. 22).

Ook bij de toedeling van de bevoegdheid tot het verrichten van ‘steuerbegünstigende Verwaltungsakte’ mag van de wetgever een bepaalde mate van ‘Bestimmtheit’ worden verwacht:

‘Der Ausmaß der erforderlichen Bestimmtheit einer gesetzlichen Ermächtigung läßt sich nicht allgemein festlegen, sondern hängt von der Eigenart des geregelten Sachbereichs ab, insbesondere von dem Ausmaß, in dem Grundrechte betroffen werden, und von der Art und Intensität des Verhaltens, zu dem die Verwaltung ermächtigt wird (...) die den Steuerpflichten entlasten. Daß auch bei solchen Ermächtigungen im demokratischen Rechtsstaat schon im Blick auf die durch

67 Maurer, *a.w.*, p. 99.

den Vorbehalt des Gesetzes gebotene Abgrenzung der Handlungsbereiche von Gesetzgeber und Verwaltung und im Interesse der Verwirklichung des Grundsatzes der Steuergerechtigkeit ein gewisser Grad gesetzlicher Bestimmtheit verlangt werden muss, ist anerkannt (...)’ (BVerfG. 19-4-1978, *Band* 48, nr. 10).

Dat van de wetgever bij de ‘Leistungsverwaltung’ ook onafhankelijk van grondrechten iets verwacht mag worden, blijkt uit de overwegingen van het BVerfG. in haar uitspraak van 8 januari 1981. In casu betrof het de regeling van de oorlogsslachtoffers-verzorging:

‘Der Grad der jeweils zu fordernden Bestimmtheit einer Regelung hängt vielmehr von der Eigenart des geregelten Sachverhalts ab, insbesondere auch davon, in welchem Umfang der zu regelnde Sachbereich einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist. Darüber hinaus ist auch auf *die Intensität der Auswirkungen der Regelung für den Betroffenen* bedacht zu nehmen. Je schwerwiegender die Auswirkungen sind, desto höhere Anforderungen werden an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen sein. Insoweit berührt sich das *Bestimmtheitsgebot* mit dem Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, der fordert, daß der Gesetzgeber die entscheidenden Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs, die den *Freiheits- und Gleichheitsbereich des Bürgers wesentlich betreffen*, selbst festlegt und dies nicht dem Handeln der Verwaltung überläßt (...)’ (cursiveringen van mij, Ph.E.) (BVerfG. 8-1-1981, *Band* 56, nr. 1).

‘Wesentlichkeitstheorie’

Bij de bespreking van de voorgaande thema’s is al iets gebleken van de ‘Wesentlichkeitstheorie’, die nu uitdrukkelijk aan de orde komt. Deze theorie impliceert een opvatting omtrent het ‘Gesetzesvorbehalt’, die inhoudt dat het nemen van alle wezenlijke besluiten is voorbehouden aan de wetgever in formele zin. Dit ongeacht het gegeven of het betreft de ‘Eingriffsverwaltung’, de ‘Leistungsverwaltung’ of de ‘besondere Gewaltverhältnisse’. Kunig stelt: ‘Der Vorbehalt des Gesetzes solle auch sicherstellen, daß die wesentlichen Grundentscheidungen vom Gesetzgeber getroffen werden – damit ist jenes Phänomen angesprochen, das heute zumeist unter den Gesichtspunkten des ‘Parlamentsvorbehalt’ und der ‘Wesentlichkeitstheorie’ diskutiert wird’.⁶⁸ Op het fenomeen ‘Parlamentsvorbehalt’ kom ik in het vervolg nog terug.

De gedachte van de ‘Wesentlichkeitstheorie’ bleek al uit hierboven besproken jurisprudentie; bijvoorbeeld uit de uitspraak van het BVerfG.

68 Kunig, *a.w.*, p. 143 en 144.

van 21 december 1977, aan de orde gesteld onder het thema 'besondere Gewaltverhältnisse', en de uitspraak van 8 januari 1981, behandeld bij de categorie 'Leistungsverwaltung'. Dat ook de 'Satzungsautonomie' niet onbeperkt is bij het stellen van regels werd in het voorgaande al even gememoreerd. Bij de beantwoording van de vraag wat in dat verband dan van de wetgever mag worden verwacht, speelt de 'Wesentlichkeits'-gedachte ook een rol. In haar uitspraak van 9 mei 1972 overwoog het BVerfG.:

'Das Facharztwesen darf nicht ausschließlich der Regelung durch Satzungen der Ärztekammern (Facharztordnungen) überlassen werden. Mindestens die *'statusbildenden' Bestimmungen* (cursivering van mij, Ph.E.) muß der Gesetzgeber selbst treffen' (BVerfG. 9-5-1972, *Band* 33, nr. 10, zie ook BVerwG. 12-12-1972, *Band* 41, nr. 42).

Een zeer belangrijke uitspraak van het BVerfG., waarin de ratio van de 'Wesentlichkeitstheorie' bij uitstek tot uitdrukking is gebracht, is het 'Kalkar-Beschluß' van 8 augustus 1978. Ten aanzien van de regeling/besluitvorming inzake het gebruik van kernenergie overweegt het BVerfG.:

'Die normative Grundsatzentscheidung für oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der friedlichen Nutzung der Kernenergie im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland ist wegen ihrer *weitreichenden Auswirkungen auf die Bürger, insbesondere auf ihren Freiheits- und Gleichheitsbereich, auf die allgemeinen Lebensverhältnisse und wegen der notwendigerweise damit verbundenen Art und Intensität der Regelung eine grundlegende und wesentliche Entscheidung* (cursivering van mij, Ph.E.) im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes. Sie zu treffen ist allein der Gesetzgeber berufen (...)' (BVerfG. 8-8-1978, *Band* 49, nr. 6).

In deze jurisprudentie wordt het primaat van de wetgever in formele zin nadrukkelijk centraal gesteld. Dit wordt afgeleid uit het rechtsstaatsbeginsel, de grondrechten, het democratieprincipe en het gelijkheids- en rechtszekerheidsideaal.⁶⁹ Een relativering van dit primaat en daarmee wellicht van de 'Wesentlichkeitstheorie' blijkt uit het 'Mittelstreckenraketen-Urteil'⁷⁰ In verband met de besluitvorming over de plaatsing van kruisraketten op het Duitse grondgebied, waarbij met name de interpretatie van de artikelen 24, eerste lid, en 59, tweede lid, van de Grundgesetz in het geding is, overweegt het BVerfG.:

69 Vergelijk Kunig, *a.w.*, p. 157 en 158.

70 Zie ook bij G. Püttner, Gesetzgebung und Exekutivfunktion, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1986, p. 179-184 en bij Eijlander, *a.w.*

'Die Zustimmung zur Aufstellung nuklearer Mittelstreckenwaffen auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland verstößt auch nicht deshalb gegen Rechte des Bundestages, weil hierdurch eine für das Staatsganze bedeutsame Entscheidung und in diesem Sinne eine politische Leitentscheidung getroffen wurde. Der Umstand, daß es sich bei der Erteilung dieser Zustimmung um einen für die BRD in ihrer Gesamtheit *wesentlichen Akt* handelt, vermag angesichts der ausdrücklich normierten Kompetenzregelungen für den Bereich der auswärtigen Angelegenheiten eine besondere Gesetzgebungsbefugnis des Bundestages nicht zu begründen. Sie ergibt sich nicht schon — diese Regelungen überspielend — aus dem im Grundgesetz normierten Demokratieprinzip. Unter der demokratisch-parlamentarischen Herrschaftsordnung, die das Grundgesetz verfaßt hat, ist *die Regierung institutionell wie funktionell gleichfalls demokratisch legitimiert; sie besitzt weiter die personelle demokratische Legitimation und unterliegt demokratisch-parlamentarischer Kontrolle*. Das Grundgesetz kennt weder einen Totalvorbehalt des Gesetzes noch eine Kompetenzregel, die besagte, daß alle "objektiv wesentlichen" Entscheidungen vom Gesetzgeber zu treffen wären. Die Artikel 59 Abs. 2 Satz 1 und 24 Abs. 1 GG jedenfalls enthalten für die von ihnen erfaßten Sachbereiche eine insoweit abschließende Regelung, neben der sich eine Gesetzespflichtigkeit nicht selbständig aus dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeit, etwa im Sinne der substantiellen politischen Tragweite einer Entscheidung, ergibt. Auch der Gedanke der "Richtigkeitsgewähr", die das parlamentarische Verfahren wegen der vergleichsweisen Transparenz der Entscheidungsprozesse bietet, kann nicht eine Änderung der vom Grundgesetz ausdrücklich vorgenommenen Verteilung der Kompetenzen zugunsten des Parlaments bewirken. Die Zustimmung zur Aufstellung von Mittelstreckenwaffen der Vereinigten Staaten von Amerika in der BRD bedurfte daher unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips oder der Bedeutung dieses Akts für das Staatsganze nicht der vorherigen Ermächtigung des Bundestages in der Form des Gesetzes. *Dies bedeutet nicht, daß "objektiv wesentliche" Entscheidungen 'am Bundestag vorbei' getroffen werden könnten. Der Bundestag kann sein Frage-, Debatten- und Entschließungsrecht ausüben, seine Kontroll- und Haushaltsbefugnisse wahrnehmen und dadurch auf die Entscheidungen der Regierung einwirken oder durch Wahl eines neuen Bundeskanzlers die Regierung stürzen* (cursiveringen van mij, Ph.E.) (...) (BVerfG. 18-12-1984, Band 68, nr.1).

In deze uitspraak — waar het overigens ging om een besluit tot feitelijk handelen, te weten de plaatsing van kruisraketten op Duits grondgebied — beklemtoont het BVerfG. dus de zelfstandige democratische legitimatie van de regering en geeft ze aan dat het parlement weliswaar medewetgever is, maar dat het parlement de besluitvorming ook kan beïnvloeden door de bevoegdheden die het heeft in verband met de controle op het door de regering gevoerde bestuur.

‘Bestimmtheitsgebot’/‘Gebot der Normenklarheit’

Bij het ‘Bestimmtheitsgebot’ of het ‘Gebot der Normenklarheit’ gaat het om de noodzaak van een precieze, duidelijke formulering van de wettelijke normen. De rechten en de verplichtingen die uit die normen voortvloeien moeten kenbaar zijn voor de betrokkenen.⁷¹ Volgens Kunig betreft het hier een fundamentele rechtsstatelijke eis: ‘Von der Legislative soll das Rechtsstaatsprinzip eine bestimmte Normqualität fordern: Normen sollen so beschaffen sein, daß sie verständlich, rechtssicher sind, rechtssicher auch in dem Sinne, dass auf ihren Bestand voll vertraut werden könne’.⁷²

Ook in de jurisprudentie van het BVerfG. komt deze eis van een duidelijke, precieze normstelling tot uitdrukking. In haar uitspraak van 20 oktober 1981, inzake een delegatie van regelgevende bevoegdheid in verband met de overgang van scholieren, legt het BVerfG. een verband tussen de noodzakelijke bepaaldheid en duidelijkheid van de bevoegdheidsnorm en de ingrijpendheid, met name in de grondrechtensfeer, van de te regelen materie:

‘Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden (...). Welche Bestimmtheitsanforderungen im einzelnen erfüllt sein müssen, ist von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie der Intensität der Maßnahme abhängig (...). Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm muß der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen, zu der ermächtigt wird. Greift die Regelung erheblich in die Rechtsstellung des Betroffenen ein, so müssen höhere Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden, als wenn es sich um einen Regelungsbereich handelt, der die Grundrechtsausübung weniger tangiert (...)’ (BVerfG. 20-10-1981, *Band 58*, nr. 19, zie ook BVerfG. 24-11-1981, *Band 59*, nr. 7).

Noemenswaard is tevens het bekende ‘Volkszählungs-Urteil’, waarin het BVerfG. als volgt overwoog:

‘Das Erhebungsprogramm des Volkszählungsgesetzes 1983 genügt auch dem Gebot der Normenklarheit. Hinreichend bestimmt ist ein Gesetz, wenn sein Zweck aus dem Gesetzestext in Verbindung mit den Materialien deutlich wird; dabei reicht es aus, wenn sich der Gesetzeszweck aus dem Zusammenhang ergibt, in dem der Text des Gesetzes zu dem zu regelnden Lebensbereich steht (...) der Bürger kann erkennen, über welche Grundtatbestände der Sozialstruktur er befragt werden soll (...). Nicht erforderlich ist, daß der Gesetzgeber zu jeder

⁷¹ Vergelijk Hirsch Ballin, *a.w.*, p. 86.

⁷² Kunig, *a.w.*, p. 225.

Hoofdstuk 6

einzelnen gesetzlichen Verpflichtung auch den konkreten Zweck im Gesetz selbst erläutert (...)’ (BVerfG. 15-12-1983, *Band* 65, nr. 1).

Ook voor verwijzingen in de wetgeving geldt dat deze voldoende duidelijk moeten zijn, zo blijkt uit de uitspraak van het BVerfG. van 25 februari 1988 (*Band* 78, nr. 5). Een besluit van een bestuursorgaan met belastende effecten moet zijn terug te voeren op een wettelijke bepaling die naar inhoud, onderwerp, doel en omvang voldoende bepaald en begrensd is (BVerwG., 24-08-90, *Band* 85).

Uit het bovenstaande blijkt duidelijk, dat de eis van ‘Normenklarheit’ een belangrijke functie vervult binnen het principe van het ‘Gesetzesvorbehalt’.⁷³

‘Parlamentsvorbehalt’

Het gegeven dat ten aanzien van een bepaalde materie besluitvorming door de volksvertegenwoordiging, het parlement verwacht mag worden, hoeft niet automatisch te betekenen dat dit geschiedt bij wet. Welke vorm het parlement kiest voor de besluitvorming mag het onder omstandigheden zelf bepalen. In een zaak betreffende de goedkeuring en transformatie van een staatsverdrag door het parlement van het ‘Land’ Bayern, overwoog het BVerwG.:

‘Der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts soll die Rolle des Parlaments, die diesem als Gesetzgeber in einem rechtsstaatlichen und demokratischen Staatswesen zukommt, sichern; er soll gewährleisten, dass die grundlegenden Entscheidungen über Rechtsnormen, insbesondere soweit diese als Rechtsgrundlage für belastende Eingriffe in Frage kommen, vom Parlament getroffen werden. Hierzu setzt sich aber eine Regelung, nach der zur Transformation eines Staatsvertrages in innerstaatliches Recht ein Zustimmungsbeschluß des Parlaments genügt, nicht in Widerspruch. Eine solche Regelung wird vielmehr der Rolle des Parlaments als Gesetzgeber gerecht und verleiht den so geschaffenen Rechtsnormen die demokratische Legitimation (...)’. (BVerwG. 11-4-1986, *Band* 74, nr. 20)

Hierbij moet worden opgemerkt, dat het begrip ‘Parlamentsvorbehalt’ in de literatuur ook in een andere betekenis wordt gebruikt. Zoals al gesteld in de eerste subparagraaf wordt de term dan gebruikt in de betekenis van de zogenaamde ‘ausschließliche Parlamentskompetenzen’. Daarmee worden die besluiten/regelingen bedoeld, die uitsluitend door het parlement getroffen kunnen en moeten worden en die niet gedelegeerd kunnen worden.

⁷³ Zie ook bij Kunig, *a.w.*, p. 461.

4.4 Samenvatting en conclusie

In deze paragraaf is ingegaan op de inhoud en betekenis van het beginsel van de 'Gesetzmäßigkeit der Verwaltung' in het Duitse rechtstelsel. Daarbij stond de zogenoemde positieve dimensie van dit beginsel, het 'Gesetzesvorbehalt', centraal. Aandachtspunt vormde met name de kwestie van de omvang en reikwijdte van het voorbehoud van de wet in de Duitse sociale rechtsstaat. Wat mag en moet van de wetgever aan regelingen verwacht worden en wat kan eventueel worden overgedragen of overgelaten aan andere organen (lagere regelgevers c.q. bestuursorganen)? Het is evident dat er dan vooral een competentievraagstuk in het geding is, dat uiteraard de moeite van bestudering waard is in het kader van de verdeling van regelgevende bevoegdheden.

Na een subparagraaf over de achtergronden van het beginsel van de wetmatigheid van bestuur in de Duitse situatie, is aandacht besteed aan de relevante grondwettelijke bepalingen.

Met name het derde lid van artikel 20 en het eerste lid van artikel 80 van de Grundgesetz bleken van groot belang te zijn. Artikel 20, derde lid, is een kernbepaling in een democratische rechtsstaat, waarin een scheiding en verdeling van machten c.q. bevoegdheden tot uitdrukking wordt gebracht. De wetgever is aan de grondwet gebonden en het bestuur en de rechtspraak aan de wet en het recht. De zogenoemde negatieve kant van het wetmatigheidsprincipe, de voorrang van de wet, blijkt hier expliciet uit, het uitgangspunt van het wetsvoorbehoud echter niet of hooguit indirect. De reikwijdte van het 'Gesetzesvorbehalt' blijft in het midden.

In het eerste lid van artikel 80 GG is aangegeven dat de wetgever regelgevende bevoegdheid kan delegeren aan de Bondsregering, een Bondsminister of een Landsregering. Deze organen zijn dan bevoegd om 'Rechtsverordnungen' vast te stellen. Een belangrijke bepaling in dat verband is de tweede volzin van het eerste lid van artikel 80. Deze bepaling stelt inhoudelijke, kwalitatieve eisen aan de bevoegdheidsnorm. De wetgever moet zelf de inhoud, het doel en de omvang van de gedelegeerde bevoegdheid bepalen. Het spreekt vanzelf dat deze bepaling van wezenlijk belang is in verband met de waarde en betekenis van het wetsvoorbehoud en het primaat van de wetgever. Het zou moeten voorkomen dat dit wordt uitgehold door de toedeling of overdracht van blanco-bevoegdheden. De laatste volzin van het eerste lid van artikel 80 tenslotte bepaalt dat subdelegatie slechts mogelijk is als de wet erin voorziet.

Veruit het grootste deel van deze paragraaf beslaat een beschrijving en analyse van de jurisprudentie van het 'Bundesverfassungsgericht' en

waar nodig ook van het 'Bundesverwaltungsgericht' ter zake van de juist genoemde grondwettelijke bepalingen en eventueel andere aspecten van het vraagstuk van legaliteit en bevoegdheidstoedeling. De belangrijkste conclusies van dit jurisprudentie-onderzoek worden hier nogmaals op een rij gezet.

Allereerst is onmiskenbaar dat het 'Gesetzesvorbehalt' geldt voor de traditionele 'Eingriffsverwaltung'. Het bestuursoptreden dat rechtstreeks ingrijpt in de vrijheid of de eigendom van de burger heeft een wettelijke grondslag. Dit impliceert dat dergelijke bevoegdheden van het bestuur door de wetgever naar inhoud, onderwerp, doel en omvang voldoende bepaald en begrensd moeten zijn, zodat de burger weet waar hij aan toe is. Dit betekent echter niet dat de wetgever aan het bestuur op dit terrein in het geheel geen beleids- of beoordelingsruimte zou mogen laten. Bij de toetsing van delegatiebepalingen aan de eisen die in artikel 80, eerste lid, tweede volzin, worden gesteld is het BVerfG. nogal terughoudend. Bij de vaststelling van de inhoud, het doel en de omvang van bevoegdheidsbepalingen gelden de gebruikelijke interpretatiemethoden. Duidelijk is ook dat deze in artikel 80 gestelde eis ten volle slechts geldt voor delegatie aan de 'Rechtsverordnung'-gevers en niet onverkort voor de 'Selbstverwaltung'/'autonome Satzungsgewalt'.

Vanaf het begin van de jaren '70 blijkt uit de jurisprudentie een herformulering, in de zin van een uitbreiding, van het beginsel van het 'Vorbehalt des Gesetzes'. Van de wetgever in formele zin mag, gezien de betrokkenheid van het parlement, de waarborgen in de procedure van besluitvorming en gelet op de rechtsgelijkheid en -zekerheid van de burger, worden verwacht dat hij de belangrijke, fundamentele regelingen zelf treft. Deze eis heeft een algemene gelding en is dus niet afhankelijk van de vraag of het optreden van het bestuur behoort tot de categorie van de 'Eingriffsverwaltung', de 'Leistungsverwaltung' of de 'besondere Gewaltverhältnisse'. En zelfs de organen van de 'Selbstverwaltung' zijn in bepaalde gevallen afhankelijk van de wettelijke regeling van een onderwerp. Deze gedachte, die wordt aangeduid met de term 'Wesentlichkeitstheorie', heeft zeker niet tot gevolg dat alle activiteiten van het bestuur een wettelijke grondslag behoeven ('Totalvorbehalt'). De wetgever behoort de wezenlijke beslissingen op een bepaald terrein zelf te nemen. Welke dat zijn is afhankelijk van de concrete materie en de gevolgen en de intensiteit voor de burgers. Grondrechten spelen daarbij een belangrijke rol.

Het 'Bestimmtheitsgebot'/'Gebot der Normenklarheit' heeft een duidelijke functie in het kader van het 'Gesetzesvorbehalt'. De eisen die gesteld worden aan de duidelijkheid en precisie van de gedragsnormen en bevoegdheidsbepa-

lingen nemen toe naar de mate waarin de gevolgen ervan ingrijpender zijn (zie onder meer BVerfG. 6-6-1989, *Band* 10, nr. 12 en BVerfG. 27-11-90, *Band* 83, nr. 9).

In recente jurisprudentie heeft het 'Bundesverfassungsgericht' de 'Wesentlichkeitstheorie' wat gerelativeerd en genuanceerd. In het 'Mittelstreckenraketen-Urteil' — waar het ging om een besluit tot feitelijk handelen — werd de nadruk gelegd op de zelfstandige democratische legitimatie van de regering en op de bevoegdheden van de volksvertegenwoordiging in het kader van de controle op het bestuur.

5 De Zwitserse situatie

In deze paragraaf wordt ingegaan op de verdeling van regelgevende bevoegdheden in het Zwitserse rechtstelsel. Zoals gesteld zal deze beschrijving een minder uitvoerig en gedetailleerd karakter hebben dan die van Duitsland. Dit geldt met name voor de te bespreken jurisprudentie. Achtereenvolgens komen de volgende onderwerpen aan de orde:

- de uitgangspunten en structuurkenmerken van het staatsbestel in Zwitserland, waarbij kort de belangrijkste organen uit dat bestel worden belicht;
- de vormen van regelgeving die kunnen worden onderscheiden in het Zwitserse rechtstelsel, waarbij de criteria orgaan, bevoegdheid en procedure weer het kader vormen voor de indeling en behandeling van de normstellingsniveau's, en tenslotte
- de mogelijke inhoud van de diverse regelingsvormen, waarbij het in het bijzonder gaat om de verhouding tussen de wet in formele zin en de lagere regelingsvormen.

5.1 Kenmerken van het Zwitserse staatsbestel

In zijn artikel over de positie van de wetgevingsleer in Zwitserland noemt Keller drie factoren die inherent zijn aan het Zwitserse staatsbestel en die de ontwikkeling van de wetgeving en de wetenschappelijke bestudering daarvan in hoge mate beïnvloeden.⁷⁴ Allereerst stelt hij dat de bondsstaat Zwitserland in feite bestaat uit 27 rechtsordes met een eigen wetgevingstraditie. De federale structuur van het Zwitserse staatsbestel, met zijn kantonstelsel, heeft uiteraard gevolgen voor de wijze van behandeling van

⁷⁴ M. Keller, Zum Stand der Gesetzgebungslehre in der Schweiz, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1986, p. 198.

wetgevingsvraagstukken. Wetgeving vindt plaats op het niveau van de bond, maar ook de kantons hebben wetgevende bevoegdheden voor hun territoire.

De verhouding tussen de centrale en de kantonale regelgeving is een complicerende factor bij de bestudering van de regelgeving in Zwitserland. Op deze verhouding wordt in het vervolg van deze paragraaf nog nader ingegaan. Aangetekend moet worden dat bij onderstaande behandeling van de regelingsvormen de aandacht primair ligt bij het bondsniveau.

De tweede karakteristiek betreft het direct democratische element in het politieke systeem. Zwitserland wordt wel aangeduid als een referendum-democratie. Gilhuis stelt dat het referendum tot de volksrechten gerekend moet worden en dat naast deze mogelijkheid van rechtstreekse beïnvloeding door burgers van de besluitvorming en de federale structuur het representatieve stelsel een basiselement van het Zwitserse staatsbestel is.⁷⁵ Het wetgevingsreferendum, zoals dat in de artikelen 89 en 89bis van de grondwet tot uitdrukking komt, kan het proces van wetgeving in hoge mate beïnvloeden. Op wetgeving (in formele zin) van de bond is het regime van het facultatieve referendum van toepassing. Dit impliceert dat 50.000 stemgerechtigden een volksstemming kunnen eisen (zie artikel 89, tweede lid, van de 'Bundesverfassung'). In het merendeel van de kantons bestaat zelfs een verplicht wetgevingsreferendum.⁷⁶ Uiteraard leidt deze mixture van direct democratische elementen en representatie in de context van het wetgevingsproces ook tot een grotere complexiteit.

Tenslotte noemt Keller het gebruik van verschillende talen. Hij spreekt van een 'Mehrzahl gleichwertiger Amtssprachen', in de wet- en regelgeving van de bond en van de kantons als een complicerende factor.

Häfelin en Haller onderscheiden vier centrale basiselementen, 'verfassungsgestaltende Leitprinzipien', binnen het Zwitserse staatsbestel:⁷⁷ het rechtsstatelijke, democratische, federalistische en sociaalstatelijke element. Deze structuurelementen komen overeen met die van de Duitse Grundgesetz, maar in de Zwitserse grondwet komen ze niet of minder expliciet tot uitdrukking.⁷⁸ Binnen de rechtsstatelijke grondslag wordt onderscheid gemaakt tussen de formele en de materiële dimensie. Het gaat dan om enerzijds de machtscheiding, de wetmatigheid van bestuur en de 'Verwaltungs- en Verfassungsgerichtsbarkeit' en anderzijds om de verwezenlijking van rechtsgelijkheid en vrijheidsrechten.

75 P.C. Gilhuis, *Het referendum*, Alphen aan den Rijn 1981, p. 41.

76 Zie bij Keller, *a.w.*, p. 205.

77 U. Häfelin en W. Haller, *Schweizerisch Bundesstaatsrecht*, Zürich 1988, p. 43 e.v.

78 Zie Häfelin/Haller, *i.a.p.*

Van groot belang voor ons onderwerp is de belangrijke beperking die in het Zwitserse bestel bestaat ten aanzien van de zogenaamde 'Verfassungsgerichtsbarkeit'. Ingevolge artikel 113, derde lid, van de grondwet kan de rechter (het 'Bundesgericht') 'Bundesgesetze', 'allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse' en door de bondsvergadering goedgekeurde 'Staatsverträge' niet toetsen. Op dit punt van de constitutionele toetsing bestaat er dus een belangrijk verschil met de situatie in Duitsland en vertoont de Zwitserse grondwet meer verwantschap met de Nederlandse. Het democratische basiselement heeft, zoals al bleek, zowel direct democratische als representatieve aspecten. Häfelin en Haller wijzen erop dat het democratische principe het primaat heeft boven het rechtsstatelijke. Dit blijkt uit het grondwettelijk vastgelegde toetsingsverbod van eventueel referendumplichtige besluiten van het parlement door de rechter.⁷⁹

Het federalistische karakter van het Zwitserse staatsbestel blijkt met name uit de volgende grondwettelijk gewaarborgde zaken: verdeling van de overheidsbevoegdheden tussen de bond en de kantons, invloed van de kantons op een eventuele grondwetsherziening, het tweekamerstelsel en de garantie van de gemeentelijke autonomie.

Het sociaalstatelijke element tenslotte komt tot uitdrukking in een aantal bepalingen uit de grondwet, waarin sociale grondrechten zijn opgenomen: bijvoorbeeld 'Sozialversicherung'(artikel 34 quater), 'arbeitsrechtlicher Schutz'(artikel 34 ter), 'Rechtspflege bei Bedürftigkeit'(artikel 4) en recht op 'Primarschulunterricht'(artikel 27, tweede lid).

Van de belangrijkste organen op het niveau van de bond, noemen we er vier. 'Der schweizerische Bundesstaat kennt vier behördliche Gewaltenträger, die staatliche Funktionen ausüben: die Bundesversammlung, den Bundesrat, die Bundesverwaltung und das Bundesgericht'.⁸⁰ De bondsvergadering is het hoogste, direct democratisch gelegitimeerde orgaan in de bondsstaat (artikel 71 BV). De bondsvergadering bestaat uit twee gelijkwaardige kamers: de 'Nationalrat' (artikel 72, tweede lid BV) en de 'Ständerat' (artikel 80 BV). De eerstgenoemde kamer bestaat uit vertegenwoordigers van het gehele Zwitserse volk. De 'Ständerat' daarentegen bevat vertegenwoordigers van de verschillende kantons en is als zodanig een uitdrukking van de federale structuur van het staatsbestel. Besluiten kunnen slechts tot stand komen met instemming/toestemming van beide kamers (artikel 80, eerste lid BV), zo nodig via een zogenaamd 'Differenzbereini-

⁷⁹ Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 45.

⁸⁰ U. Gut-Winterberger, *Der Anteil von Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesverwaltung am Rechtssetzungsverfahren*, Zürich 1986, p. 25.

gungsverfahren'.⁸¹ Zowel de 'Nationalrat' als de 'Ständerat' hebben een 'Präsident' en een 'Vizepräsident' (artikel 78 en 82 BV). Binnen deze organen kunnen dan nog een 'Büro', parlementaire commissies en fracties en zogenaamde 'Parlamentsdienste' worden onderscheiden.

De 'Bundesrat' kan worden beschouwd als de 'oberste leitende und vollziehende Behörde' (artikel 95 BV). Deze bondsraad, in onze terminologie de regering, bestaat uit zeven leden, die worden gekozen voor vier jaar door de verenigde bondsvergadering. Het betreft een collegiale bestuursvorm met een jaarlijks wisselende voorzitter, de 'Bundespräsident'. Opvallend is dat de bondsraad niet tussentijds kan worden weggestemd, evenmin kan de bondsraad de bondsvergadering ontbinden.

De 'Bundesverwaltung' is de uitvoerende macht/het bestuur die onder de heerschappij van de bondsraad staat. Deze 'Bundesverwaltung' is opgedeeld in de zogenaamde 'Bundeskanzlei' en zeven departementen, die strikt hiërarchisch geordend zijn. De taken en bevoegdheden van het bestuur van de bond zijn, voor zover ze niet door de 'Bundesrat' in collegiaal bestuur of door de 'Bundeskanzlei' worden uitgeoefend, verdeeld over de departementen met aan de top een lid van de bondsraad (artikel 103, eerste lid, BV). Door de toegenomen omvang en complexiteit van de overheidstaak is de feitelijke afhankelijkheid van de bondsvergadering en de bondsraad van de 'Bundesverwaltung', die beschikt over de meeste deskundigheid en informatie, duidelijk toegenomen.⁸²

Het vierde centrale orgaan is het 'Bundesgericht'; de hoogste rechtsprekende instantie in het Zwitserse bestel (artikel 106, eerste lid, BV). De leden van dit hoogste rechtscollege worden door de verenigde bondsvergadering voor een periode van zes jaar gekozen, waarbij moet worden aangetekend dat herverkiezing mogelijk is. De competentie van het 'Bundesgericht' strekt zich uit van het privaatrecht tot het strafrecht en ook tot het staats- en bestuursrecht. Zoals gesteld heeft het 'Bundesgericht' niet de bevoegdheid tot het verrichten van een constitutionele toetsing van wetten.

5.2 Vormen van regelgeving/normstellingsniveau's

Gut-Winterberger bespreekt in haar dissertatie drie 'Rechtssetzungsstufen': 'Verfassung', 'Gesetz' en 'Verordnung'.⁸³ Deze drie vormen van regelge-

81 Zie ook bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 201.

82 Zie ook bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 262.

83 Gut-Winterberger, *a.w.*, p. 97 e.v.

ving/normstellingsniveau's, die uiteraard zelf weer onderverdeeld kunnen worden, worden ook door andere auteurs als zodanig genoemd en besproken.⁸⁴

De Zwitserse grondwet, de 'Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft', dateert van 29 mei 1874. Zwitserland kent een bijzondere procedure voor de vaststelling en wijziging van de grondwet, die is geregeld in de artikelen 118 en verder van de huidige grondwet. Artikel 123, eerste lid, van de 'Bundesverfassung' bijvoorbeeld bepaalt dat elke grondwetwijziging verplicht aan 'Volk und Ständen' moet worden voorgelegd en dat inwerkingtreding slechts mogelijk is indien de meerderheid van zowel 'Volk' als 'Stände' voor de wijziging is.

Bij de 'gewone' wetgeving geldt slechts een facultatief referendum en geldt niet de eis van goedkeuring door de meerderheid van de 'Stände'. Het gevolg van deze zware procedure van wijziging van de grondwet is een hogere geldingskracht ten opzichte van andere normen. Häfelin en Haller spreken van de 'derogatorische Kraft der Bundesverfassung'.⁸⁵ Terecht merken ze daarbij op dat het constitutionele toetsingsverbod van artikel 113, derde lid, van de 'Bundesverfassung' een belangrijke relativering inhoudt ten aanzien van deze hogere geldingskracht. Over de inhoud van de grondwettelijke bepalingen stelt Gut-Winterberger dat het in veel gevallen gaat om een verbinding van 'Kompetenz- und Gesetzgebungsauftragsnormen' met 'Staatszielbestimmungen'.⁸⁶

Bij de bespreking van het normstellingsniveau van de wet moet allereerst worden opgemerkt dat we in Zwitserland wetgeving tegenkomen zowel op het bondsniveau als ook op kantonniveau. Hoe zit het dan met de verdeling van bevoegdheden, wetgevende maar bijvoorbeeld ook besturende, tussen de bond en de kantons? Regel is het stelsel van de zogenaamde 'konkurrierende Kompetenzen'. Dit houdt in dat de kantons de bevoegdheid hebben tot regeling van een bepaald onderwerp, zolang niet de bond de aan hem door de 'Bundesverfassung' toegekende competentie benut. Häfelin en Haller omschrijven dit uitgangspunt als volgt: 'Erst vom Moment an, daß der Bund von seiner Kompetenz ganz oder teilweise Gebrauch macht,

84 Häfelin en Haller noemen de volgende 'Rechtsquellen' van het Zwitserse bondsstaatsrecht: 'Verfassungsrecht', 'Gesetzesrecht', 'Verordnungsrecht' en daarnaast 'Völkerrecht', 'Gewohnheitsrecht' en 'Richterrecht', zie *a.w.*, p. 3-5, Th. Fleiner-Gerster spreekt van de 'Verfassung', het niveau van de wet in formele zin en het niveau van de verordening als rechtsbronnen van het Zwitserse bestuursrecht, *Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrecht*, Zürich 1980, p. 75 e.v.

85 Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 9.

86 Gut-Winterberger, *a.w.*, p. 110.

wird die kantonale Kompetenz in entsprechendem Umfang hinfällig. Die Bundeskompetenzen sind damit im Normfall Kompetenzen mit nachträglich derogatorischer Kraft. Dies ergibt sich durch Umkehrschluss aus Art. 2 der Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung'.⁸⁷ In bepaalde, uitzonderlijke gevallen is er sprake van 'ausschließliche Bundeskompetenzen'. Dit is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van de landsverdediging (artikel 18-22 BV) en de economische maatregelen op grond van artikel 31bis, derde lid, BV. Dit impliceert dat de bevoegdheid van de bond in die gevallen oorspronkelijke derogerende werking heeft. Ook een uitzondering betreft de situatie van 'parallele Kompetenzen'; ten aanzien van een bepaalde materie treden bond en kantons gelijktijdig en onafhankelijk van elkaar op. Een voorbeeld hiervan is de heffing van directe belastingen door zowel bond als kantons.

In het vervolg van deze paragraaf wordt slechts de wetgeving door de bond nader in beschouwing genomen. In verband met deze wetgevende bevoegdheid van de bond wordt wel onderscheiden naar 'umfassende Rechtsetzungskompetenzen', 'fragmentarische Rechtsetzungskompetenzen', 'Grundsatzgesetzgebungskompetenzen' en 'generelle Rahmengesetzgebungskompetenz'.⁸⁸ Een belangrijke wet is de zogenoemde 'Geschäftsverkehrsgesetz' van 23 maart 1962 ('Bundesgesetz über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlaße'). In het tweede lid van artikel 5 van deze wet wordt bepaald: 'Als rechtsetzend gelten alle generellen und abstrakten Normen, welche natürlichen oder juristischen Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen oder die Organisation, die Zuständigkeit oder die Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regeln'. Op de inhoud en betekenis van deze belangwekkende bepaling wordt in het vervolg van deze paragraaf nog terug gekomen.

Als we spreken over 'Bundesgesetzgebung', dan is het duidelijk dat dergelijke besluiten worden vastgesteld door de 'Bundesversammlung'. Beide kamers, de 'Nationalrat' en de 'Ständerat', moeten het besluit vaststellen. Tevens hebben we bij 'Bundesgesetze' te maken met een facultatief referendum (artikel 89, tweede lid, BV). Een dergelijk referendum kan door 50.000 stemgerechtigden of door 8 kantons geëist worden. Het initiatiefrecht berust bij de beide kamers van de bondsvergadering, elk lid van een der kamers, de bondsraad en de kantons. De voorbereiding van een wetsvoorstel geschiedt in de regel door ambtenaren van de departementen

87 Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 91.

88 Zie bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 97 e.v.

onder verantwoordelijkheid van de bondsraad. Een wet die is aangenomen in de kamers van de bondsvergadering kan pas in werking treden na het verloop van de referendumperiode (90 dagen) of na de aanname via een volksstemming en uiteraard na de daarop volgende publikatie.

Naast 'Bundesgesetze' zijn er nog twee andere besluittypen die door de 'Bundesversammlung' kunnen worden genomen. Het betreft 'allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse' en 'einfache Bundesbeschlüsse'. Binnen de categorie van 'allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse', die worden gebruikt voor het stellen van rechtsnormen voor een bepaalde, beperkte termijn, wordt nog onderscheid gemaakt tussen 'normale' AVBB's, niet-referendumplichtige AVBB's en dringende AVBB's. Bij het normale AVBB is de procedure van vaststelling gelijk aan die van wetten. Artikel 7 'Geschäftsverkehrsgesetz' opent de mogelijkheid tot vaststelling van AVBB's zonder dat er een referendum kan worden gevraagd. De vorm van een dringend AVBB kan worden gebruikt voor de vaststelling van urgente, aan een termijn te binden rechtsnormen. Dit impliceert dat de referendummogelijkheid eerst na de inwerkingtreding aan de orde is (artikel 89bis BV). Het eenvoudige bondsbesluit tenslotte wordt slechts gebruikt voor beschikkingen die afkomstig zijn van het parlement. Ook hier ontbreekt uiteraard de referendumplicht.

Samengevat en in fasen weergegeven ziet het verloop van de wetsprocedure er als volgt uit: initiatief afkomstig van de beide kamers der bondsvergadering, een lid van een der kamers, de bondsraad of een kanton (artikel 93 BV), voorbereiding van het wetsontwerp door departementale ambtenaren onder verantwoordelijkheid van de bondsraad met als resultaat de 'Botschaft' van de kant van de bondsraad gericht tot de bondsvergadering (publikatie in 'Bundesblatt') (artikel 43-46 GVG), voorbereiding van het voorstel van wet door een commissie uit het parlement (artikel 11bis en ter, artikel 21bis-21sexies GVG), plenaire behandeling en besluitvorming in de beide kamers van de 'Bundesversammlung' (artikel 9 e.v. GVG), de periode van het facultatieve referendum (artikel 89 BV), publikatie in de 'Sammlung der eidgenössischen Gesetze' (artikel 67 GVG) en tenslotte de inwerkingtreding van de wettelijke regeling (artikel 69 GVG).

Als we het derde niveau van normstelling, dat van de verordeningen, in beschouwing nemen, kan allereerst worden geconstateerd dat het gaat om overige algemene rechtsregels. 'Unter Verordnung versteht man den Erlaß von generell-abstrakten Rechtsnormen in einer anderen Form als derjenigen der Verfassungsgebung oder des formellen Gesetzes'.⁸⁹ Een

89 Zie bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 303.

belangrijke consequentie van het buiten de formele wetsprocedure om vaststellen van rechtsregels is het ontbreken van de referendummogelijkheid. In de Zwitserse situatie bestaat een grote verscheidenheid aan verordeningen. Ze kunnen aan de hand van uiteenlopende criteria worden ingedeeld. Ook voor de benaming van deze rechtsfiguur worden verschillende termen gebruikt: 'Verordnung', 'Reglement', 'Ordnung' en ook 'Verfügung'.

Een van de indelingscriteria is die naar het orgaan dat de verordening vaststelt. De Zwitsers kennen verordeningen die worden vastgesteld door het parlement, door de rechter en door het bestuur.⁹⁰ 'Parlamentsverordnungen' worden vastgesteld in de vorm van 'nichtreferendumsplichtigen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse', die de bondsvergadering kan stellen op grond van een bevoegdheidstoedeling door de 'Bundesverfassung', een 'Bundesgesetz' of een 'referendumsplichtige allgemeinverbindliche Bundesbeschluss'. De procedure is, met uitzondering van de referendummogelijkheid, gelijk aan die van 'normale' wetten. Ook komt het voor dat het 'Bundesgericht' verordeningen uitvaardigt. Op het terrein van de regeling van de eigen organisatie heeft het 'Bundesgericht' een verordnungsbevoegdheid. Ook zijn er in sommige wetten regelgevende bevoegdheden aan het 'Bundesgericht' gedelegeerd.⁹¹

De meest voorkomende verordeningen zijn die afkomstig van organen van het bestuur. Op bondsniveau moeten we dan in eerste instantie denken aan verordeningen van de 'Bundesrat' en verder aan die van een 'Departement' of het 'Bundesamt'. Aan de bondsraad komt enerzijds een zelfstandige bevoegdheid toe tot het uitvaardigen van verordeningen ten aanzien van bepaalde onderwerpen, anderzijds heeft de bondsraad in bepaalde gevallen deze competentie verkregen op grond van delegatie door de wetgever. 'Zu unterscheiden ist zwischen den selbständigen und den unselbständigen Verordnungen. Die selbständigen Verordnungen werden unmittelbar auf Grund des Verfassungsrecht erlassen (...). Eine größere Bedeutung kommt den unselbständigen Verordnungen zu. Diese werden auf Grund einer ausdrücklichen Gesetzesdelegation erlassen. Sie gelten nur im Rahmen der der Exekutive vom Gesetzgeber übertragenen Kompetenzen und müssen sich an die vom formellen Gesetz festgelegten Ziele halten'.⁹² Binnen deze in aantal zeer omvangrijke categorie van onzelfstandige verordeningen kan nog worden onderscheiden tussen de zogenaamde 'gesetzvertretende' c.q.

90 Zie bijvoorbeeld bij Blaise Knapp, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Basel 1983, p. 47 e.v. en ook bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 304 e.v.

91 Zie, ook voor voorbeelden, bij Knapp, *a.w.*, p. 49 en bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 312 en 313.

92 Fleiner-Gerster, *a.w.*, p. 83.

‘gesetzergänzende Verordnungen’ en de ‘gesetzausführende Verordnungen’, ook wel ‘Vollziehungsverordnungen’ genaamd.⁹³ De verordeningen die als wetsvervangend of wetsaanvullend worden gekarakteriseerd, bevatten regelingen inzake een materie die evengoed in de wet zelf geregeld had kunnen worden. Uiteraard wordt hierbij een duidelijke delegatiebepaling in de wet verlangd. Bij de uitvoeringsverordeningen betreft het detailvoorschriften die de uitvoering van de wet mogelijk maken. De bevoegdheid om dergelijke uitvoeringsvoorschriften te stellen behoeft niet altijd uitdrukkelijk gebaseerd te zijn op de wet.

Tenslotte moet nog worden genoemd het onderscheid tussen ‘Rechtsverordnungen’ en ‘Verwaltungsverordnungen’. Het gaat dan voornamelijk om een verschil in normadressaat, in werkingsbereik. ‘Rechtsverordnungen’ bevatten rechtsnormen die de rechten en de plichten van de burgers (mede)bepalen en in de Zwitserse situatie tevens rechtsnormen aangaande de organisatie van en de procedures binnen de overheid (zie artikel 5, tweede lid, van het ‘Geschäftsverkehrsgesetz’). ‘Verwaltungsverordnungen’ kunnen worden omschreven als ‘Weisungen vorgesetzter Instanzen an ihre Untergebenen über die Art und Weise, wie Zuständigkeiten der Verwaltung auszufüllen sind’ (BGE 104 Ia 164).⁹⁴ Slechts de ‘Rechtsverordnungen’ hebben een externe, bindende werking, of zoals de Zwitsers evenals de Duitsers het uitdrukken: ze bevatten ‘Rechtssätze’. Dit impliceert onder meer dat ‘Rechtsverordnungen’ moeten worden gepubliceerd om te kunnen gelden (in de ‘amtliche Gesetzessammlung’). Dit geldt niet voor de ‘Verwaltungsverordnungen’. Hebben de ‘Verwaltungsverordnungen’ dan helemaal geen juridische betekenis? Dat hebben ze zeker wel. Fleiner-Gerster merkt in dit verband het volgende op: ‘Derartige Weisungen haben generell-abstrakten Charakter, richten sich aber nur an die internen Instanzen. Diese Verwaltungsanweisungen haben sicher nicht die gleiche Geltungskraft wie die Verordnungen im eigentlichen Sinne. Faktisch kommt ihnen aber eine überaus entscheidende Bedeutung zu. Die unterstellten Verwaltungsorgane werden sich nämlich an die ihnen von der übergeordneten Instanz vorgegebenen Weisungen halten. Die Weisungen sind nicht publiziert, der Betroffene weiss oft davon nichts. Deshalb ist es für ihn oft recht schwierig, den Entscheid, der auf Grund von ihm unbekannten Weisungen erlassen wurde, begründet anzufechten. Die Weisungen haben also eine unmittelbare rechtliche Geltung im internen Bereich und oft faktisch eine Aussenwirkung. Der Verwaltungsrichter ist bei der Beurteilung

⁹³ Zie bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 305 en 306 en bij Fleiner-Gerster, *l.a.p.*

⁹⁴ Zie ook bij Fleiner-Gerster, *a.w.*, p. 84 en 85 en bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 304 en 305.

der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsentscheides zwar nicht an die Weisungen gebunden, er wird ihnen aber unter dem Gesichtspunkt einer kontinuierlichen Praxis Rechnung tragen müssen. Deshalb sollten derartige Weisungen veröffentlicht und allenfalls angefochten werden können'.⁹⁵

Een andere regelgevingsvorm die van de verordening behoort te worden onderscheiden, is de 'autonome Satzung'. Deze rechtsfiguur krijgt hier minder aandacht omdat het daarbij niet gaat om een regelingsvorm op bondsniveau. 'Satzungen' kunnen in het kader van het zelfbestuur worden uitgevaardigd door gemeenten of door andere rechtspersonen belast met de uitoefening van openbare taken. 'Die autonomen Satzungen sind Gesetze im materiellen Sinn, die von öffentlichrechtlichen Körperschaften oder Anstalten und nicht vom Staat ausgehen'.⁹⁶

5.3 *Het legaliteitsbeginsel in het Zwitserse recht*

Ook hier geldt dat de bovenstaande vlag de te behandelen lading niet helemaal dekt. De thematiek die behandeld wordt, gaat in de Zwitserse literatuur in het algemeen wel schuil onder de benaming 'Legalitätsprinzip' of 'Gesetzmäßigkeitsprinzip'. Feitelijk is echter sprake van een veel ruimere thematiek dan alleen de vraag welke besluiten van organen van het bestuur een grondslag in de wet behoeven, hoe belangrijk deze vraag overigens op zichzelf al is. Aan de orde is het vraagstuk van de (wijze van) verdeling van regelgevende bevoegdheden. In het bijzonder wordt daarbij de verhouding tussen de formele wetgever en de lagere regelgevers in beschouwing genomen. Welke materie behoeft regeling bij (of krachtens) de wet in formele zin en welke onderwerpen lenen zich eventueel voor regeling door andere regelgevers?

Keller signaleert in de Zwitserse wetgevingsleer dat dit onderwerp in ruime mate aandacht heeft gekregen: 'Eingehende wissenschaftliche Bearbeitung hat die Frage gefunden, welche Rechtsetzungsstufe für eine bestimmte Regelung zu wählen ist'.⁹⁷ Bij zijn behandeling van het vraagstuk van het 'Gesetzesvorbehalt', waarbij het meer in het bijzonder gaat om de reikwijdte van dit wetsvoorbehoud, onderscheidt Hertach de volgende kernvragen:

95 Fleiner-Gerstér, *a.w.*, p. 84 en 85, voor de juridische betekenis van 'Verwaltungsverordnungen' ook bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 305 en bij Knapp, *a.w.*, p. 55-57.

96 Knapp, *a.w.*, p. 57, ook bij Fleiner-Gerstér, *a.w.*, p. 81 en 82.

97 Keller, *a.w.*, p. 213.

- Welcher materielle Mindestgehalt bleibt dem Gesetz in formellen Sinne vorbehalten?
- Welche Entscheidungen, die das Gesetz im formellen Sinne nicht selber zu treffen braucht, sind dennoch einer generell-abstrakten Regelung vorbehalten?
- Welche materiellen Mindestgehalt muß diese Regelung haben?⁹⁸

Häfelin en Haller doelen op hetzelfde als ze stellen dat met de eis dat voor de regeling van bepaalde onderwerpen een algemene abstracte rechtsregel noodzakelijk is, nog niet zoveel gezegd is omtrent het wenselijke normstellingsniveau. Bijvoorbeeld dient onderscheid te worden gemaakt tussen een 'Rechtssatzvorbehalt' en een 'Parlamentsvorbehalt'. 'Mit der Erfordernis des Rechtssatzes wird noch nichts über die Rechtsetzungsstufe gesagt, ob ein im Gesetzgebungsverfahren beschlossener Rechtssatz (Gesetz im formellen Sinn) erforderlich sei oder ob auch eine kompetenzgemäss erlassene Rechtsnorm niedriger Stufe, d.h. eine Verordnung (Gesetz im materiellen Sinn) genüge. Je schwerer ein Eingriff in ein Freiheitsrecht ist, desto stärker sollte er demokratisch abgestützt sein (Erlaß von Gesetzen durch Parlament mit Referendum!)'.⁹⁹

Een belangrijke uitspraak van het 'Bundesgericht', in verband met de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel, werd gedaan in 1977 (BGE 103 Ia 369 e.v.). Gesteld werd dat het 'Gesetzmäßigkeitsprinzip' zowel geldt voor de 'Eingriffsverwaltung' als voor de 'Leistungsverwaltung'. Daarbij werd tegelijkertijd uitgemaakt dat dit de noodzaak met zich meebrengt tot acceptatie van een grotere mate van 'Auslegungs- und Ermessensspielraum'.¹⁰⁰ De eisen te stellen aan de delegatienormen zijn minder vergaand. Op dit punt kom ik in het vervolg van deze bespreking van de rol en betekenis van het legaliteitsbeginsel in het Zwitserse recht nog terug. De ratio van de tendens tot uitbreiding van de reikwijdte van het voorbehoud van de wet in de jurisprudentie (bijvoorbeeld tot de presterende, positief optredende overheid) is met name gelegen in overwegingen van democratische aard. Hertach merkt hierover het volgende op: 'Wo immer man dagegen aufgrund wirtschaftlicher, ökologischer und politischer Gegebenheiten davon ausgehen muß, diese Leistungskapazität sei nicht unerschöpflich, tritt das Postulat einer Prioritätenordnung in den Vordergrund. Es entspricht dem demokratischen Anliegen, daß diese Rangfolge staatlicher Leistungswürdigkeit in ihren Grundzügen jedenfalls in der generalisierenden

⁹⁸ R. Hertach, *Das Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung*, Zürich 1984, p. 62.

⁹⁹ Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 351.

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld bij Keller, *t.a.p.*

Form des Rechtssatzes und womöglich zudem unter direktdemokratischen Einflüssen festgelegt wird'.¹⁰¹

De erkenning dat het legaliteitsbeginsel, met name toegespitst op het voorbehoud van de wet, tegenwoordig een ruimere werking heeft dan alleen de traditionele 'Eingriffsverwaltung', vindt in de Zwitserse literatuur alom ingang en wordt ook positief gewaardeerd. Zoals hierboven al opgemerkt werd, wordt er dan meestal aan toegevoegd dat die uitbreiding van de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel niet impliceert dat de betekenis en inhoud ervan op alle terreinen identiek is. Blaise Knapp wijst erop dat het voorbehoud van de wet in het kader van de 'service public' elastischer is dan op het gebied van de 'Eingriffsverwaltung'. Het gaat er dan immers niet om de burger tot iets te dwingen. Ook ten aanzien van de wettelijke grondslag voor de zogenaamde 'öffentlichrechtliche Verhältnisse' (de rechtsbetrekkingen tussen de overheid en de ambtenaren, de militairen en de gebruikers van openbare voorzieningen) gelden minder strenge eisen. 'Im Interesse des guten Funktionierens des betreffenden Dienstes sind in diesen Fällen nicht schwerwiegende Eingriffe auch ohne gesetzliche Grundlage zulässig, wenn sie die andern Verfassungsgrundsätze respektieren'.¹⁰²

In algemene termen gesteld is een dergelijk ruim bereik van het legaliteitsbeginsel ook al af te leiden uit het bepaalde in het tweede lid van artikel 5 'Geschäftsverkehrsgesetz' ('Bundesgesetz über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse', van 23 maart 1962). De daarin vervatte 'Legaldefinition' houdt in dat alle algemene en abstracte rechtsnormen, die natuurlijke of rechtspersonen plichten opleggen of rechten toekennen, alsmede de normen die de organisatie, de bevoegdheid of de taken van overheidsorganen of de procedures in dat verband regelen, als 'rechtssetzend' moeten worden beschouwd. Ingevolge het bepaalde in artikel 6, eerste lid, van het 'Geschäftsverkehrsgesetz' moeten alle besluiten die 'rechtssetzende Normen' bevatten in een van de regelingsvormen worden neergelegd, die onderworpen kunnen worden aan een referendum ('Bundesgesetz' of 'allgemeinverbindlicher Bundesbeschluß'). Op grond van deze twee bepalingen concludeert Müller: 'Auch die Einräumung von Rechten und

101 Hertach, *a.w.*, p. 65 en ook p. 70. Hertach onderscheidt vier motieven voor het legaliteitsprincipe: het liberale, het democratische, de gedachte van de machtenscheiding en als middel voor een verbeterde, verhoogde toepassing van het recht, p. 8 e.v.

102 Knapp, *a.w.*, p. 69. Ter onderbouwing van de stelling dat de legaliteitseis ook geldt voor de 'service public' wordt gewezen op jurisprudentie van het 'Bundesgericht': BGE 103 Ia 380/1 en BGE 104 Ia 446.

die organisatorischen Anordnungen bedürfen also im Bund kraft ausdrücklicher Regelung einer Grundlage im Gesetz'.¹⁰³

Een belangrijke kwestie bij de concretisering van het uitgangspunt van het voorbehoud van de wet is die van de (on)toelaatbaarheid van delegatie van regelgevende bevoegdheid door de wetgever en de eisen die aan delegatiebepalingen kunnen worden gesteld. In de literatuur wordt dit vraagstuk aangeduid in termen van 'Parlamentsvorbehalt'¹⁰⁴ of 'qualifizierten Rechtssetzung'¹⁰⁵ tegenover een 'normaal' 'Rechtssatzvorbehalt'. Ook het criterium van de 'Wesentlichkeit' als beoordelingsmaatstaf in verband met de noodzaak van regeling door de wetgever zelf krijgt in de literatuur veel aandacht.¹⁰⁶

In de mogelijkheid van delegatie van regelgevende bevoegdheid van de wetgever aan het bestuur, bijvoorbeeld de 'Bundesrat', is in de Zwitserse 'Bundesverfassung' niet voorzien. Het is ook lange tijd een omstreden kwestie geweest of aan de wetgever de bevoegdheid tot delegatie van wetgevende bevoegdheid wel toekwam. Het 'Bundesgericht' heeft in haar talrijke jurisprudentie ter zake van de toelaatbaarheid van delegatie door de wetgever het volgende uitgemaakt (BGE 104 Ia 305, 310)¹⁰⁷:

- 'Gesetzesdelegation' is alleen toelaatbaar voor zover niet uitgesloten door een grondwettelijke bepaling.
 - De delegatiebepaling moet, behalve in het geval van subdelegatie, opgenomen zijn in een besluit ten aanzien waarvan (eventueel) een referendum mogelijk is.
 - De delegatie moet zich beperken tot een bepaald, nauwkeurig omschreven onderwerp.
 - De 'Grundzüge der Regelung' moeten in de delegerende wet ('Bundesgesetz' of 'allgemeinverbindliche Bundesbeschluß') zelf zijn opgenomen.
- Subdelegatie van regelgevende bevoegdheid, bijvoorbeeld door de 'Bundesrat' aan een 'Departement' of een 'Amtsstelle', is in beginsel slechts mogelijk als daarvoor een basis in de wet aanwezig is. Dit ligt anders als de subdelegatie slechts de regeling van technische uitvoeringszaken betreft (BGE 101 Ib 70, 73).

103 G. Müller, *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, Basel/Stuttgart 1979, p. 61.

104 Bijvoorbeeld bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 337.

105 Zie bij Hertach, *a.w.*, p. 61.

106 Bijvoorbeeld bij Keller, *a.w.*, p. 213, bij Hertach, *a.w.*, p. 96 en 97, bij Müller, *a.w.*, p. 110 e.v. en bij Gut-Winterberger, *a.w.*, p. 97 e.v.

107 Ook bij Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 309 e.v.

Belangwekkend is de wijze waarop in de jurisprudentie uitwerking is gegeven aan de derde en vierde voorwaarde bij delegatie van regelgevende bevoegdheid. Welke eisen worden gesteld aan de bepaaldheid/nauwkeurigheid van de delegatiebepaling en wat wordt er geëist aan regeling in de wet zelf? De beantwoording van deze vragen in zijn algemeenheid is nauwelijks mogelijk. De eisen die in verband met de delegatie gesteld worden hangen in hoge mate af van het terrein van regelgeving. Häfelin en Haller vatten de jurisprudentie van het 'Bundesgericht' als volgt samen. Op het terrein van het belastingrecht moet de wet zelf de kring van belastingplichtigen, het onderwerp van belastingheffing en de wijze van vaststelling ervan bepalen (BGE 105 Ia 2, 4). Zware ingrepen in de rechtspositie van de burger, met name de beperking van vrijheidsrechten, behoeven volledige regeling in de wet zelf. Echter, als het de bepaling van de rechtspositie van personen die in een 'Sonderstatusverhältnis' tot de overheid staan, betreft (gevangenen, ambtenaren e.d.), kan de wetgever volstaan met algemene, globale normering en kan het verder worden overgedragen aan de regelingsbevoegdheid van de verordening. Ook op het terrein van de 'Leistungsverwaltung' moeten de basiselementen van de regeling in de wet zelf worden neergelegd. Bij de concrete uitwerking hiervan kan de nodige beoordelingsvrijheid worden gegeven of gelaten aan lagere niveaus.¹⁰⁸

Müller geeft aan dat het 'Bundesgericht' in haar jurisprudentie inzake de onderhavige kwestie steeds meer is beïnvloed door en aansluiting zoekt bij de Duitse doctrine en de jurisprudentie van het Duitse 'Bundesverfassungsgericht'. 'Das Bundesgericht, offenbar beeinflusst von der deutschen Doktrin und kritischen Stimmen in der schweizerischen Lehre und Praxis, führte im Entscheid 98 Ia 109 noch eher beiläufig aus, daß sich die Gesetzesdelegation auf eine bestimmte Materie beschränken und bei schweren Eingriffen in die Rechtsstellung des Bürgers in den *wesentlichen Fragen klare Richtlinien* (cursivering van mij, Ph.E.) aufstellen müsse, stellte dann aber kurz darauf ausdrücklich fest, das im Bereich des Abgaberechts seit langem anerkannte Prinzip, wonach das ermächtigende Gesetz zumindest das Objekt, das Ziel und das Ausmaß (vergelijk met het bepaalde in artikel 80, eerste lid, van de Duitse grondwet, Ph.E.) der übertragenen Kompetenz annähernd zu umschreiben habe, gelte mutatis mutandis bei allen Eingriffen in Grundrechte (BGE 98 Ia 592, bestätigt in 100 Ia 161, 102 Ia 64, 68, 460 und 103 Ia 274)'.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Häfelin/Haller, *a.w.*, p. 310.

¹⁰⁹ Müller, *a.w.*, p. 186.

De invloed van de in Duitsland ontwikkelde ‘Wesentlichkeitstheorie’ is dus ook in Zwitserland merkbaar. De formele wetgever zou zich kunnen en moeten beperken tot de regeling van de ‘rechtlich und politisch grundlegenden und wichtigen Normen’.¹¹⁰ Van belang daarbij is uiteraard de uitwerking, de concretisering van deze ‘Wesentlichkeitstheorie’. Als het criterium ‘Wesentlichkeit’ bepalend is voor de bevoegdheidsverdeling tussen en -uitoefening van organen moet het verder worden ingevuld.¹¹¹ Müller heeft negen indicatoren ontwikkeld die van belang kunnen zijn bij de precisering en operationalisering van het criterium ‘Wichtigkeit einer Regelung’: ‘Zahl der geregelten Verhaltensalternativen und Größe des Adressatenkreises’, ‘Intensität’ (‘Betroffenheit in Grundrechtspositionen’), ‘Bedeutung für die Ausgestaltung des politischen Systems’, ‘finanzielle Auswirkungen’, ‘Akzeptierbarkeit’, ‘das geltende Recht als Maßstab’, ‘Gewähr für die Richtigkeit der Regelung’, ‘die Bestimmung der Wichtigkeit durch besondere Verfahren’, en tenslotte ‘Festlegung der Wichtigkeit durch Zuweisung von Regelungsbefugnissen’.¹¹²

6 Samenvatting en conclusies van de rechtsvergelijking

6.1 Doel en methoden van de rechtsvergelijking

In de afsluitende paragraaf van het rechtsvergelijkende hoofdstuk wil ik eerst nog kort terugkomen op de vraag naar het nut en het doel van rechtsvergelijking. Uiteraard gaat het dan in het bijzonder om de betekenis van rechtsvergelijking voor het thema dat hier aan de orde is. Tevens wordt kort aandacht besteed aan methodische aspecten van rechtsvergelijkend onderzoek. In de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk werd al een aantal

¹¹⁰ Zie bij Keller, *a.w.*, p. 213. In dit verband wijst Keller ook op het bepaalde in de ‘Kantonsverfassung’ van Aargau en Basel-Landschaft (in noot 93 op p. 213). In de eerste wordt in artikel 78, eerst lid het volgende bepaald: ‘Der Grosse Rat (= Legislative) erläßt in der Form des Gesetzes *alle wichtigen Bestimmungen* (cursivering van mij, Ph.E.), insbesondere diejenigen, welche die Rechte und Pflichten der Bürger oder Grundzüge der Organisation des Kantons und der Gemeinden festlegen’. In de tweede in artikel 74, tweede lid, staat: ‘Er (= Regierungsrat) erläßt Verordnungen auf der Grundlage und im Rahmen der Gesetze und Staatsverträge, soweit nicht durch Gesetz ausnahmsweise der Landrat (= Legislative) zum Erlaß ausführender Bestimmungen ermächtigt ist’.

¹¹¹ Op deze noodzaak tot concretisering wordt ook gewezen door Hertach, *a.w.*, p. 96 en 97. Hij stelt op p. 97 dat ‘Wesentlichkeit’ niet een kwestie is van ‘kategorischen entweder-oder’ maar van ‘graduelle Abstufung’. Zie ook bij Gut-Winterberger, *a.w.*, p. 97 e.v.

¹¹² Müller, *a.w.*, p. 110-131.

opmerkingen gemaakt over deze kwesties. Na afronding van het rechtsvergelijkende onderzoek is het gewenst om wat uitvoeriger stil te staan bij dergelijke vragen.

Als we ons afvragen wat rechtsvergelijking eigenlijk inhoudt, dan luidt vanzelfsprekend het antwoord dat het betreft de bestudering van ander(e), vreemd(e) recht(ssstelsels). Echter, is de bestudering van ander recht op zichzelf al als rechtsvergelijking te beschouwen? Sauveplanne is van mening dat volgehouden kan worden dat elke bestudering van vreemd recht een element van vergelijking bevat.¹¹³ De doelstelling van waaruit de rechtsvergelijking geschiedt kan verschillen. Deze kan bijvoorbeeld beperkt blijven tot nieuwsgierigheid naar de werking van een of meer andere rechtssstelsels. De toename van informatie en kennis kan als het ware als een doel op zichzelf worden beschouwd. Veel rechtsvergelijkend onderzoek vindt plaats met het doel om 'uit het vreemde recht lering te trekken ten voordele van de eigen rechtsontwikkeling'.¹¹⁴ De informatie en kennis uit het rechtsvergelijkende onderzoek wordt betrokken op het eigen rechtssstelsel en nagegaan wordt of en zo ja in hoeverre deze informatie en kennis van belang kunnen zijn voor de aanpak van bepaalde zaken in het eigen stelsel.

Een belangrijke vraag is wat de rechtsvergelijking tot een wetenschappelijke activiteit maakt. Uiteraard kan men van mening verschillen bij de beantwoording van deze vraag. Het hangt er van af welke criteria worden aangelegd voor de beoordeling of een activiteit als wetenschappelijk kan worden aangemerkt of niet. Sauveplanne stelt in dat verband het volgende: '(...) zodra men uit het verzamelde materiaal conclusies gaat trekken, overeenkomsten en verschillen vaststelt en zo mogelijk verklaart, bedrijft men wetenschappelijke rechtsvergelijking'.¹¹⁵ Hier moet nog iets aan worden toegevoegd. De methoden die worden gehanteerd moeten verantwoord zijn, zodat de conclusies die op grond van het materiaal getrokken worden ook daadwerkelijk te verantwoorden zijn.

Omtrent de methodische kant van rechtsvergelijkend onderzoek kan het volgende worden opgemerkt. Allereerst moeten we ons bewust zijn van het haast onontkoombare gegeven dat de rechtsvergelijking vanuit een bepaald gezichtspunt, een referentiekader geschiedt. Ik citeer Burkens: 'Het vorenstaande illustreert, dat staatsrechtelijke rechtsvergelijking reeds aanstonds een duidelijke methodische vraag opwerpt; de vraag namelijk

113 J.G. Sauveplanne, *De methoden van privaatrechtelijke rechtsvergelijking*, Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (nr. 20), Deventer 1975, p. 2.

114 Sauveplanne, *a.w.*, p. 3.

115 Sauveplanne, *i.a.p.*

naar het gezichtspunt, m.a.w. naar het kader waarin deze vergelijking geplaatst dient te worden. Staatsrechtelijke rechtsvergelijking houdt grofweg gesproken in, dat wij het Nederlandse staatsbestel vergelijken met buitenlandse. Wat valt hier eigenlijk te vergelijken? Men kan bezwaarlijk stellen, dat we "gewoonweg" gaan vergelijken. Dat "gewoonweg" houdt immers reeds impliciet de keuze in van een bepaald relevantiekader'.¹¹⁶ Het referentiekader wordt in de regel gevormd door het eigen rechtssysteem en door het onderwerp van bestudering. De rechtsvergelijking impliceert dan een begrip van de verschillen en overeenkomsten vanuit de dragende beginselen van rechtssystemen.¹¹⁷

In beginsel kunnen nagenoeg alle systemen en instituties met elkaar worden vergeleken. Echter, de begrenzingen aan tijd en capaciteit nopen tot het maken van keuzen. Bij de rechtsvergelijking die zich richt op de ontwikkeling van het eigen recht is voor de keuze uiteraard die rechtsontwikkeling bepalend.¹¹⁸ Dan speelt nog de vraag met welke rechtssystemen te vergelijken. Ook hier is er samenhang met het doel van de rechtsvergelijking en het onderwerp waarop de bestudering zich richt. Sauveplanne merkt hierover op: 'Bij rechtsvergelijking ter ontwikkeling van het eigen recht zal de keuze vanuit de optiek van het eigen recht plaats hebben. Men zal zich allereerst richten tot die rechtssystemen waarmee het eigen recht verwantschap vertoont, en/of wier literatuur de eigen doctrine heeft beïnvloed'.¹¹⁹

De rechtsvergelijker moet zich voortdurend bewust zijn van een aantal mogelijke gevaren dat kleefst aan de rechtsvergelijking. Gelijkheid van terminologie bijvoorbeeld hoeft nog niet te betekenen dat termen in verschillende systemen ook dezelfde betekenis hebben. In de inleidende paragraaf werd al even gewezen op de vele onderlinge relaties tussen instituties en verschijnselen in één rechtssysteem. Bij de rechtsvergelijking moet men zich hiervan rekenschap geven; evenmin als in het eigen recht kan in een vreemd rechtssysteem een bepaald fenomeen geïsoleerd worden beschouwd.¹²⁰

Wanneer we bovengenoemde algemene aandachtspunten bij rechtsvergelijkend onderzoek toespitsen op het onderzoek waar het hier om gaat,

116 M.C. Burkens, *Methodologie van staatsrechtelijke rechtsvergelijking*, Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (nr. 19), Deventer 1975, p. 9.

117 Vergelijk E.M.H. Hirsch Ballin, Object en methode van de wetenschap van het staatsrecht en het bestuursrecht, in: O.W.M. Kamstra e.a. (red.) *Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle 1988, p. 82 en 83.

118 Zie ook bij Sauveplanne, *a.w.*, p. 11.

119 Sauveplanne, *a.w.*, p. 13.

120 Vergelijk Sauveplanne, *a.w.*, p. 7.

kunnen de volgende opmerkingen worden gemaakt. De bedoeling van de rechtsvergelijkende component in dit onderzoek naar de verdeling van regelgevende bevoegdheid is, naast de vermeerdering van kennis uit wetenschappelijke interesse, het zoeken naar mogelijke aanknopingspunten voor de aanpak van de problematiek in de Nederlandse situatie. Op grond van gesignaleerde overeenkomsten en verschillen bij de benadering en de aanpak van het onderwerp en gelet op gekozen oplossingen daarvoor kunnen we wellicht, uiteraard met inachtneming van de verschillen tussen de bestudeerde stelsels, aanknopingspunten ontdekken ten behoeve van de eigen rechtsontwikkeling. Concreet geformuleerd: uit literatuur, wetgeving en jurisprudentie inzake de verdeling van regelgevende bevoegdheden in het Duitse en Zwitserse recht kunnen wellicht aanknopingspunten worden gevonden, die nieuw licht werpen op de bestudering en ontwikkeling van dat onderwerp in ons rechtstelsel.

De keuze voor het onderwerp van de rechtsvergelijking is aldus gegeven. Dan resteert de vraag met welke rechtstelsels vergeleken wordt. In dit onderzoek is gekozen voor vergelijking met Duitsland en Zwitserland. Een dergelijke keuze is bijna nooit geheel te verantwoorden; het is vrijwel onvermijdelijk dat praktische en ook subjectieve factoren daarbij een zekere rol spelen. Wel ligt het voor de hand te vergelijken met rechtstelsels van landen die wat betreft sociaal-economische positie en ontwikkeling gelijkenis vertonen met de eigen situatie. Tevens is van belang om te kiezen voor landen die in hun rechtstelsel uitgaan van gelijke funderende waarden en beginselen. Tenslotte kan het best worden gekozen voor landen die voor wat betreft de rechtsontwikkeling als 'leading' aangemerkt kunnen worden. Voor de keuze van Duitsland en Zwitserland is met name van belang geweest het gegeven dat de dogmatiek ter zake van het vraagstuk van de verdeling van regelgevende bevoegdheden goed ontwikkeld is. Dit vergroot de kans dat de bestudering van jurisprudentie en literatuur belangwekkend materiaal zal opleveren voor de eigen rechtsontwikkeling. Dit impliceert nog niet dat de gekozen oplossingen ook leiden tot een bevredigende uitkomst. Echter, ook het kunnen opwerpen van de juiste vragen en het aanscherpen van conceptuele kwesties is van wezenlijk belang. Een bijkomend praktisch voordeel van bestudering van de Duitse en Zwitserse situatie is dat de relevante bronnen goed toegankelijk en beschikbaar zijn.

Wat betreft de typering van de onderzochte stelsels en de relevante rechtsinstituten in hun onderlinge samenhang kan allereerst worden opgemerkt dat het in alle drie de gevallen (Duitsland, Zwitserland en Nederland) moderne Westerse democratieën betreft. Toch zijn er belangrijke verschillen tussen de landen. Duitsland en Zwitserland hebben een federale

staatsvorm, met een relatief zelfstandige positie van de landen respectievelijk de kantons, terwijl ons stelsel moet worden beschouwd als een gedecentraliseerde eenheidsstaat. Het spreekt vanzelf dat een dergelijk verschil in staatsvorm doorwerkt in de wijze van verdeling van regelgevende competenties. De wetgeving van de landen in Duitsland en de kantons in Zwitserland heeft een voornamere plaats en een grotere reikwijdte dan de verordeningen van onze lagere overheden. Van groot belang voor de ontwikkeling van de dogmatiek van legaliteit en bevoegdheidsverdeling in Duitsland is de jurisprudentie van het 'Bundesverfassungsgericht' (met name bij de toepassing van artikel 20, derde lid, en artikel 80, eerste lid, van de Grundgesetz). Een dergelijke constitutionele toetsing ontbreekt in Zwitserland en Nederland. De artikelen 113, derde lid, van de Zwitserse 'Bundesverfassung' en 120 van onze Grondwet beperken de toetsingsbevoegdheid van wetten in formele zin door de rechter.

Ook op het punt van het regeringsstelsel zijn er verschillen. Burkens rekent Duitsland en Nederland tot de 'gewone' parlementaire regeringsstelsel, het Zwitserse regeringsstelsel merkt hij aan als een stelsel sui generis.¹²¹ Dit heeft alles te maken met het feit dat Zwitserland een referendumdemocratie is. Zoals bleek heeft dit zeker zijn betekenis voor de wetgeving. Wetten in formele zin zijn onderworpen aan het facultatieve referendum en het volksinitiatief, bij verordeningen ontbreekt deze rechtstreekse beïnvloedingsmogelijkheid voor de burger.

6.2 Conclusies van de rechtsvergelijking

In het vervolg van deze afsluitende paragraaf worden na een korte beschrijving van de gehanteerde werkwijze, de belangrijkste conclusies van het rechtsvergelijkende onderzoek op een rij gezet.

Na een korte schets van de structuurkenmerken van het betreffende rechtsstelsel werden de vormen van regelgeving (met name op centraal niveau) onderscheiden en besproken aan de hand van de criteria *orgaan*, *bevoegdheid* en *procedure*. Hierachter schuilt de opvatting dat deze criteria bepalend zijn voor het niveau van normstelling. De plaats in de normenhiërarchie wordt erdoor bepaald. Concreter aangegeven houdt dit in dat bepalend zijn: het orgaan dat de regels heeft vastgesteld en de positie van dat orgaan in het staatsbestel, de kenmerken (in het bijzonder de waarborgen) van de besluitvormingsprocedure volgens welke de regels zijn totstandgekomen en de aard en herkomst van de bevoegdheid op grond

¹²¹ Burkens, *a.w.*, p. 15.

waarvan de regeling is vastgesteld. In het Duitse en Zwitserse recht resulteert dit in een grote verwantschap in regelingsvormen: 'Grundgesetz', 'Gesetz', 'Verordnung' en 'Satzung'. Binnen deze categorieën zijn dan weer verdere onderverdelingen te maken, die soms overeenkomen en soms ook verschillen in beide stelsels. Denk bijvoorbeeld aan het belangrijke onderscheid tussen 'Rechtsverordnungen' en 'Verwaltungsverordnungen' en in Zwitserland aan het verschil tussen 'Bundesgesetze' en 'allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse'.

Als vormen van regelgeving zijn onderscheiden en daarbinnen op basis van de genoemde criteria een hiërarchie aangegeven is (normstellingsniveaus/normenhiërarchie), is nog niet veel gezegd over de mogelijke c.q. wenselijke inhoud van de regels die in de betreffende vormen, op de aangegeven niveaus gesteld kunnen worden. Hooguit is er dan enige duidelijkheid omtrent de verhouding tussen de regelingen: 'lex superior derogat lege inferiori'. Centrale vraag blijft wat geregeld kan worden in de verschillende regelingsvormen. In het bijzonder wordt hierbij aandacht besteed aan de verhouding tussen de wet in formele zin en lagere regelingsniveaus. In welke gevallen, ten aanzien van welke onderwerpen moeten we regeling bij (of krachtens) wet verlangen en in welke gevallen, ten aanzien van welke onderwerpen kan worden volstaan met regeling op een lager niveau? Deze kwestie van het 'Vorbehalt des Gesetzes', een wezenlijk aspect van de legaliteitsgedachte, heeft een centrale plaats ingenomen in het onderzoek.

In de jurisprudentie en de literatuur in Duitsland en in navolging daarvan ook in Zwitserland zijn de benadering en conceptualisering van de problematiek van het wetsvoorbehoud en alles wat daarmee samenhangt beter ontwikkeld en verder gedifferentieerd dan in Nederland. De term wetsvoorbehoud ('Vorbehalt des Gesetzes'), als een van de twee bestanddelen van het legaliteitsbeginsel,¹²² geeft slechts in zeer algemene zin een indicatie voor het onderwerp dat deel uitmaakt van deze studie. Om preciezer voor ogen te krijgen waar het om gaat, is het noodzakelijk om de verschillende vragen die spelen bij deze problematiek te onderkennen en nauwkeurig te formuleren. In de Duitse literatuur is dat door diverse auteurs gedaan. Staupe heeft de drie volgende kernvragen geformuleerd:

- Wat moet de wetgever zelf in een parlementaire wet/wet in formele zin regelen?

¹²² Zoals al in dit hoofdstuk besproken is, wordt in de Duitse literatuur onderscheid gemaakt tussen de 'Vorrang des Gesetzes' als wetmatigheid in negatieve zin en 'Vorbehalt des Gesetzes' als wetmatigheid in positieve zin.

- Wat kan de wetgever ter regeling aan lagere regelgevers c.q. bestuursorganen delegeren? en
- Hoe concreet moet in deze beide gevallen de parlementaire regeling zijn, hoe bepaald/nauwkeurig moet de wettelijke delegatiebepaling zijn?¹²³

Over de relevantie van deze vraagpunten stelt hij: 'Diese Fragen besitzen vor allem deshalb so große Bedeutung, weil mit der verfassungsgemäßen Regelungsform zugleich festgelegt wird, welches Organ in welchem Verfahren über welchen Regelungsgegenstand zu entscheiden hat.'¹²⁴

Om de relevante vraagpunten aan te duiden worden in de literatuur bepaalde begrippen gebruikt. In paragraaf 4 van dit hoofdstuk werd al genoemd het onderscheid 'Rechtssatzvorbehalt'- 'Parlamentsvorbehalt' en werd tevens gesproken van drie typen bevoegdheden: 'ausschließliche Parlamentskompetenzen', 'übertragbare Parlamentskompetenzen' en 'originäre Exekutivkompetenzen'. In deze afsluitende paragraaf worden de voorbehoudsbegrippen en -vragen nog eens op een rij gezet. Allereerst het begrip 'Parlamentsvorbehalt'.¹²⁵ Daarbij gaat het om twee vereisten. Het verlangt in de eerste plaats uiteraard een bepaald regelingsniveau; de betreffende materie behoeft regeling door de wetgever in formele zin in de daarvoor bestemde procedure. Tevens wordt een zekere regelingsdichtheid vereist; de materie moet voldoende nauwkeurig geregeld worden. Het voorbehoud van de wet in formele zin omvat aldus een regelingsplicht en een daarmee corresponderend delegatieverbod. Getransformeerd naar een bevoegdheidsomschrijving hebben we te maken met 'originäre, ausschließliche, nicht delegierbare Parlamentskompetenzen'.¹²⁶

Bij het 'Rechtssatzvorbehalt', dat ook wel wordt aangeduid als 'Vorbehalt des materiellen Gesetzes', gaat het erom dat regeling op grond van een wet noodzakelijk is. 'Dem Rechtssatzvorbehalt genügt daher ein Akt delegierter Rechtsetzung; er ist im Gegensatz zum Parlamentsvorbehalt delegationsfreundlich'.¹²⁷ In bevoegdheidstermen omgezet kunnen we dit voorbehoud aanduiden als 'abgeleitete Exekutivkompetenzen' of vanuit

123 J. Staupe, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis. Zur 'Wesentlichkeitstheorie' und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht*, Berlin 1985, p. 23.

124 Staupe, *l.a.p.*

125 Staupe noemt de volgende synonieme termen: 'Vorbehalt des Parlaments', 'Vorbehalt der Legislative', 'Vorbehalt des Gesetzgebers', 'Vorbehalt des formellen Gesetzes' en 'Vorbehalt des Parlamentsgesetzes'

126 Zie bij Staupe, *a.w.*, p. 36.

127 Staupe, *a.w.*, p. 31.

de optiek van de wetgever in formele zin als 'originäre, delegierbare Parlamentskompetenzen'.¹²⁸

Het begrip 'Gesetzesvorbehalt'/'Vorbehalt des Gesetzes' kan het best worden gebruikt als een neutraal metabegrip. Het is een algemeen begrip dat niet differentieert naar een bepaald type voorbehoud.¹²⁹ Een laatste bevoegdheidsaanduiding wordt door Staupe omschreven als 'originäre, nicht delegationsbedürftige Exekutivkompetenzen'.¹³⁰ Hier hebben we dus niet te maken met een wetsvoorbehoud van een bepaald type; wellicht zouden we zelfs kunnen spreken van een 'Exekutivvorbehalt'. Een voorbeeld uit de jurisprudentie van deze zelfstandige bevoegdheden van het bestuur treffen we in het bekende 'Mittelstreckenraketen-Urteil' — waar het betrof een besluit tot feitelijk handelen — van het 'Bundesverfassungsgericht' (BVerfG. 18-12-1984, *Band* 68, nr. 1). Hill trekt de volgende conclusie: 'Die Zuordnung und Verteilung der Aufgaben der Staatsleitung zwischen Parlament und Regierung geschieht nach einem funktionell-strukturellen Ansatz. Dieses Prinzip stellt darauf ab, daß staatliche Entscheidungen möglichst richtig, d.h. von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen'.¹³¹

Traditioneel in de Duitse en Zwitserse literatuur en jurisprudentie inzake voorbehoudskwesties is het onderscheid tussen twee verschillende wijzen van sturing door de overheid, te weten de 'Eingriffsverwaltung' en de 'Leistungsverwaltung'¹³², en de aparte benadering van de zogenaamde 'besondere Gewaltverhältnisse' (de verhouding tussen de overheid en ambtenaren, militairen, scholieren, gedetineerden). Voor de traditionele, rechtstreeks in de vrijheid of eigendom interveniërende overheidsactiviteit zou het voorbehoud wel gelden en voor de presterende, positief optredende overheid en de overheid in relatie tot de aan haar 'ondergeschikten' niet. Uit de bespreking van recentere jurisprudentie en literatuur bleek een duidelijke tendens tot uitbreiding van de reikwijdte van het wetsvoorbehoud tot bijvoorbeeld de 'Leistungsverwaltung' en de 'besondere Gewalt-

128 Staupe, *a.w.*, p. 37.

129 Zie bij Staupe, *a.w.*, p. 32 en 33. Hij noemt verder nog de volgende voorbehoudsbegrippen: 'Eingriffsvorbehalt' en 'Totalvorbehalt'.

130 Staupe, *a.w.*, p. 37.

131 H. Hill, Normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1989, p. 404.

132 Ook in de Nederlandse literatuur treffen we dit onderscheid bij de discussie over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel. Zie bijvoorbeeld bij H.D. van Wijk en W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht 1991, p. 37 e.v.

verhältnisse'. Tegelijkertijd impliceerde dat een differentiatie in de inhoud en werking van het wetsvoorbehoud; voor de te onderscheiden wijzen van overheidsoptreden, terreinen van overheidszorg krijgen we te maken met een daaraan aangepaste invulling van het uitgangspunt van het voorbehoud van de wet.

In de meest recente jurisprudentie komen we in aanraking met een andere benadering van de voorbehoudsproblematiek. Tot uitdrukking komt de 'Wesentlichkeitstheorie', inhoudende dat van de wetgever verwacht mag worden dat deze zelf de wezenlijke beslissingen neemt, min of meer ongeacht welk terrein van overheidsactiviteit het betreft (zie bijvoorbeeld in het bekende 'Kalkar-Beschluss', BVerfG. 8-8-1978, *Band* 49, nr. 6). Tevens krijgen we in verhoogde mate te maken met de eis van precieze, duidelijke formulering van de wettelijke normen, het 'Bestimmtheitsgebot' of 'Gebot der Normenklarheit' (bijvoorbeeld in het 'Volkszählungs-Urteil', BVerfG. 15-12-1983, *Band* 65, nr. 1).

De geschetste moderne ontwikkelingen in het kader van de problematiek van het voorbehoud van de wetgever, te weten de differentiatie in vraagstelling met bijvoorbeeld de opkomst van het 'Parlamentsvorbehalt', de opkomst van de 'Wesentlichkeitstheorie' en de aandacht voor het 'Bestimmtheitsgebot', moeten nadrukkelijk in onderlinge samenhang worden gezien. In zijn stellingsgewijze samenvatting van de belangrijkste conclusies van het onderzoek naar het parlamentsvoorbehoud en delegatiebevoegdheid komt Staupe met een aantal stellingen waaruit dit ook blijkt. Hij stelt: 'Der Parlamentsvorbehalt umfaßt daher zugleich ein verstärktes Bestimmtheitsgebot im Sinne einer substantiellen Selbstregelungspflicht. Der Parlamentsvorbehalt stellt damit zugleich Anforderungen an die jeweilige Regelungsdichte' en 'Die verstärkten Bestimmtheitsanforderungen des Parlamentsvorbehalt gelten nicht nur für sogenannte offene Delegationen (zum Beispiel Verordnungsermächtigungen), sondern auch für die sogenannten verdeckten Delegationen (zum Beispiel unbestimmte Gesetzesbegriffe, Ermessenstatbestände, Generalklauseln)'.¹³³ De wetgever in formele zin moet de wezenlijke beslissingen op een bepaald terrein van overheidsbemoeyenis derhalve zelf nemen via duidelijke, nauwkeurige regeling in de wet zelf. Het gaat niet aan dergelijke beslissingen door delegatie van regelgevende bevoegdheid of door attributie van discretionaire bestuursbevoegdheden¹³⁴ over te laten aan andere organen.

¹³³ Staupe, *a.w.*, p. 388.

¹³⁴ Hieronder wordt verstaan zowel de subjectieve beoordelingsvrijheid, die tot uitdrukking wordt gebracht door het gebruik van 'kan'-bepalingen of door de terminologie 'naar het

Hoe nu dergelijke ontwikkelingen te beoordelen? Op zichzelf verdienen ze een positieve benadering; dit omdat ze beter aansluiten bij de tegenwoordige overheidsactiviteiten en aldus ook passen bij de onderbouwingen en motieven voor het primaat van de wetgever. Hertach heeft de volgende vier motieven van het legaliteitsbeginsel onderscheiden: het liberale, het democratische, de grondslag van de machtscheiding en het middel tot een verbeterde rechtstoepassing.¹³⁵

Het eerste en het laatste motief hebben vooral een rechtsstatelijke herkomst (vrijheid van de burger, rechtszekerheid en gelijke behandeling van burgers). Ze noodzaken tot het aannemen van een 'Rechtssatzvorbehalt'; ingrepen in de vrijheid van burgers behoeven een wettelijke grondslag en algemene regels hebben een positieve uitwerking op de rechtszekerheid en de gelijke behandeling van de burger. Het democratische motief en ook het aspect van de machtscheiding, de 'checks and balances'-idee, sluiten met name aan bij pleidooien voor het 'Parlamentsvorbehalt'. Het parlement als het hoogste direct democratisch gelegitimeerde orgaan is aangewezen om de wezenlijke beslissingen te nemen, die een duidelijk kader behoren te bieden voor uitwerking door lagere wetgevers c.q. bestuursorganen.

Behalve op grond van genoemde overwegingen vinden we tegenwoordig in de literatuur ook al pleidooien voor een versteviging van het primaat van de wetgever, via meer materiële normstelling in de wet zelf, vanuit instrumentele overwegingen. De volgende passage treffen we in het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid over rechtshandhaving: 'Wanneer men nu de rechtsregel als instrument wil hanteren, dient men de typische kenmerken ervan als rechtsregel te bewaren. Wetgeving die naar frequentie, complexiteit of ondoorzichtigheid rechtsonzekerheid schept, wordt ook als beleidsinstrument onhanteerbaar. In dit opzicht is de tegenstelling tussen de wettelijke regel als rechtsnorm en als instrument minder absoluut dan wel eens wordt verondersteld'.¹³⁶ Stabiliteit en bestendigheid van rechtsregels zijn zowel vanuit rechtsstatelijk als beleidsmatig gezichtspunt van betekenis.

In de Duitse en Zwitserse literatuur wordt terecht op vele plaatsen opgemerkt dat de 'Wesentlichkeitstheorie' nader uitgewerkt en geconcretiseerd moet worden. Het enkele criterium 'wesentlich' is te vaag en te abstract om als toetsingsmaatstaf te dienen bij verdeling van bevoegdhe-

oordeel van', als de objectieve beoordelingsvrijheid, die ontstaat door het gebruik van vage wettelijke termen. Zie bijvoorbeeld bij Van Wijk/Konijnenbelt, *a.w.*, p. 241 e.v.

¹³⁵ Hertach, *a.w.*, p. 8 e.v.

¹³⁶ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rechtshandhaving*, Rapporten aan de regering nr. 35, 's-Gravenhage 1988, p. 33.

den. In de literatuur zijn daarom pogingen ondernomen om verdere uitwerking te geven aan de 'Wesentlichkeitstheorie'. Onder meer de genoemde indicatoren van Müller geven daar blijk van.¹³⁷ In een recent artikel heeft Baader¹³⁸ verdedigd dat de vraag wat 'wesentlich' is, moet worden beantwoord in het licht van de doel-middel verhouding van een rechtsregel. De middelen die moeten bijdragen aan de verwezenlijking van het doel van de regel moeten in zijn visie door de wetgever zelf worden bepaald.

Hiermee wordt nadere invulling en uitwerking gegeven aan de in de Nederlandse literatuur door Van der Vlies verdedigde opvatting dat de taak van de wetgever inhoudt dat deze de ingrijpende besluiten neemt.¹³⁹ De 'Wesentlichkeitstheorie' laat zeker ook ruimte voor delegatie van regelgevende bevoegdheden aan lagere regelgevers. Hill heeft een functioneel-structurele handelings- en beslissingsgeoriënteerde benadering bepleit.¹⁴⁰ In de Nederlandse literatuur is door Hirsch Ballin bepleit om de keuze van het type normstelling te relateren aan een beoordeling door welk orgaan een adequate belangenafweging kan geschieden.¹⁴¹

137 Müller, *a.w.*, p. 110 e.v.

138 E. Baader, Parlamentsvorbehalt, Wesentlichkeitsgrundsatz, Delegationsbefugnis, *Juristenzeitung* 1992, p. 394-401.

139 Zie I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, 's-Gravenhage 1984, p. 107.

140 Zie Hill, *a.w.*, p. 403.

141 E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn 1989, p. 60.

Deel III

Wetgeving en beleid

De parlementaire enquête bouwsubsidies*

Beoordeling van overheidsbeleid en -bestuur vanuit verschillende invalshoeken

1 Inleiding

Op 8 maart 1988 heeft de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwsubsidies het verslag van haar onderzoek aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. In zijn vergadering van 20 april heeft de Kamer ingestemd met de conclusies en aanbevelingen van de enquêtecommissie. Ook het kabinet heeft inmiddels een standpunt ter zake ingenomen (*Kamerstukken II* 1987-1988, 19 623, nr. 42). Het onderzoek en het rapport van de enquêtecommissie zijn om verschillende redenen de moeite van het beschouwen waard. De vraag of er is 'gesjoemeld' met bouwsubsidies en aldus te veel overheidsgeld is uitgekeerd aan ontwikkelaars van woningbouwprojecten heeft uiteraard een grote maatschappelijke relevantie. Politiek relevant zijn de vraag of staatssecretaris mr. G.Ph. Brokx terecht is opgestapt of weggestuurd en de kwestie van de verhoudingen tussen de Kamer en de verantwoordelijke bewindslieden en tussen de bewindslieden en hun ambtenaren. Ook vanuit het perspectief van de beoefening van de bestuurs- en beleidswetenschappen/-kunde, in het bijzonder voor degenen die zich bezig houden met de beleidsinstrumenten en de wetgevingsleer, is de enquête belangwekkend. In dit hoofdstuk wordt op deze punten nader ingegaan.

Opvallend aan de discussie over het onderzoek en de resultaten daarvan is het verschil in beoordeling van het gevoerde beleid en bestuur inzake de subsidiëring van woningbouwprojecten. Geconstateerd wordt dat dit verschil in beoordeling voortvloeit uit verschillende invalshoeken en maatstaven die worden gehanteerd bij die beoordeling. Binnen de juridische optiek fungeert de rechtmatigheid van bestuur en beleid als beoordelingsmaatstaf. Vanuit een politicologisch gezichtspunt wordt met name gekeken naar de doelgerichtheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van het beleid

* De inhoud van dit hoofdstuk is eerder gepubliceerd in *Beleidswetenschap* 1988, p. 212-234.

en bestuur en wordt tevens de politieke context van dat beleid in de beschouwing betrokken.

In het vervolg van dit hoofdstuk worden eerst de conclusies en aanbevelingen van de enquêtecommissie geschetst. Daarna wordt het verschil in beoordeling geïllustreerd aan de hand van passages uit de verhoren van de enquêtecommissie. Vervolgens wordt kort aandacht besteed aan respectievelijk de juridische/bestuursrechtelijke invalshoek en de politicologische invalshoek bij de beoordeling van overheidsbeleid en -bestuur en de achtergronden daarvan.¹ Na een paragraaf waarin pogingen om te komen tot een leer of een theorie van beleidsinstrumenten worden gesignaleerd, wordt tenslotte de vraag gesteld of het geconstateerde spanningsveld tussen eisen die vanuit verschillende disciplines aan overheidsbeleid en -bestuur worden gesteld onvermijdelijk en onoplosbaar is.

2 Conclusies en aanbevelingen van de enquêtecommissie

Alvorens in te gaan op de conclusies en aanbevelingen van de enquêtecommissie, wordt een aantal opmerkingen gemaakt in verband met de opdracht van de commissie en de aanleiding tot het instellen van een parlementaire enquête.

De opdracht tot het verrichten van het onderzoek had de enquêtecommissie, onder voorzitterschap van mr. K.G. de Vries, gekregen op 26 november 1986. De inhoud van deze opdracht was dat de commissie onderzoek moest doen naar en de Tweede Kamer moest inlichten in verband met: '(...) de totstandkoming en toepassing van subsidieregelingen voor woningbouwprojecten van beleggers en andere instellingen op het terrein van de volkshuisvesting, meer in het bijzonder naar de uitgeoefende controle op de op grond van deze regelingen verstrekte subsidies' (*Kamerstukken II* 1987-1988, 19 623, nr. 30, p. 7). Het gaat daarbij om een drietal ministeriële subsidieregelingen voor de bouw van huurwoningen: Beschikking geldelijke steun particuliere huurwoningen 1968, Beschikking geldelijke

¹ Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling om in het kader van dit hoofdstuk een totaalbeeld te geven van de bestuursrechtelijke en politicologische visie op en publikaties over de benadering en beoordeling van overheidsbeleid. Dit betekent ook dat geen recht kan worden gedaan aan alle stromingen e.q. theorieën binnen de beide disciplines. Gepoogd wordt om op basis van een aantal voornamelijk Nederlandstalige publikaties, die overigens binnen de discipline wel als gezaghebbend kunnen worden beschouwd, een beeld te vormen over kernpunten ten aanzien van de benadering en beoordeling van overheidsbeleid en -bestuur.

steun huurwoningen 1975 en de Wijziging Beschikking geldelijke steun huurwoningen 1975 d.d. 16 april 1980 (de zogenaamde OKH-regeling).

De aanleiding tot deze enquête waren berichten dat de overheid aanzienlijke bedragen te veel aan subsidies zou hebben betaald voor woningbouwprojecten van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds en daarop volgende publikaties over onjuiste opgaven van stichtingskosten door beleggers en wetenschap daarvan bij ambtenaren van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM). Dit leidde eerst tot kamervragen aan de verantwoordelijke bewindsman, staatssecretaris Brokx, en vervolgens tot het besluit een parlementaire enquête in te stellen. Zoals bekend was staatssecretaris Brokx op dat moment al niet meer in functie. Hij had op 22 oktober 1986 besloten zijn ontslag te vragen, dit naar aanleiding van een hem ter kennis gekomen 'vertrouwelijke' brief van de voorzitter van de CDA-fractie, dr. B. de Vries, aan de Minister-President, waarin De Vries te kennen gaf dat hij het verstandig zou vinden als Brokx plaats zou maken voor een andere bewindsman.

De totale verslaglegging van het onderzoek omvat ongeveer 3100 pagina's (*Kamerstukken II* 1987-1988, 19 623, nrs. 29 t/m 36). Het belangrijkste document is het rapport van de commissie over haar bevindingen (*Kamerstukken II* 1987-1988, 19 623, nr. 30). Verder bestaat het verslag uit de aanbiedingsbrief (*Kamerstukken II* 1987-1988, 19 623, nr. 29), de verslagen van de openbare verhoren (19 623, nr. 31) en de studies die ten behoeve van het onderzoek zijn verricht door externe deskundigen (*Kamerstukken II* 1987-1988, 19 623, nrs. 32 t/m 36).

In haar rapport formuleert de commissie de belangrijkste conclusies van het onderzoek (*Kamerstukken II* 1987-1988, 19 623, nr. 30, p. 369 e.v.).

Ten aanzien van de totstandkoming en de voorbereiding van de onderzochte regelingen wordt geconstateerd dat de Regeling-'68 en de Regeling-'75 beide gebaseerd waren op een duidelijke politieke keuze inzake doelstelling en inrichting van de subsidiesystemen voor huurwoningen. Dit geldt niet voor de wijziging van de Regeling-'75 in 1980. Deze wijziging werd met onvoldoende zorgvuldigheid en zonder discussie met de Kamer ingevoerd. Voorts wijst de commissie erop dat er bij de totstandkoming van de subsidieregelingen te weinig aandacht is gegeven aan de controle-mogelijkheden, met name met het oog op het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidies. Ook was er naar de mening van de commissie bij de totstandkoming van de Regelingen-'68 en '80 te weinig aandacht voor de budgettaire aspecten.

In verband met de uitvoering, toepassing en controle van de regelingen concludeert de commissie dat '(...) de uitvoering van de regelingen door het departement en de toepassing door de gebruikers in de praktijk sterk bepaald is geweest door het feit dat in de premiehuursector niet of nauwelijks werd gecontroleerd en getoetst' (*Kamerstukken II* 1987-1988, 19 623, nr. 30, p. 370). Als reactie op signalen die aangeven dat een gebrek aan controle in de praktijk leidt tot misbruik (bijvoorbeeld de Nota-Post), besluit de staatssecretaris in 1983 om een prijs-kwaliteitstoets in te voeren voor premiehuurwoningen in de non-profitsector. Echter, nadrukkelijk wordt besloten om een dergelijke toetsing voor premiehuurwoningen van beleggers achterwege te laten. Ingrijpen in het marktmechanisme wordt als ongewenst beschouwd en tevens bestaat de angst dat controle de beleggers zal afschrikken. De commissie acht deze beslissing onverantwoord en stelt dat het departement zo lang onduidelijkheid heeft laten bestaan over de juiste invulling van het begrip stichtingskosten, dat vooral daardoor een onzorgvuldige praktijk is ontstaan bij het toekennen van subsidies. De Kamer krijgt van de commissie het verwijt dat er voor wat betreft de uitvoering van de regelingen een te eenzijdige interesse bestond voor de aantallen huizen die werden gerealiseerd.

Op grond van haar bevindingen komt de commissie met een aantal aanbevelingen. Op het punt van de *regelgeving* beveelt de commissie aan dat het kabinet bevordert dat over het rechtskarakter en de rechtsgevolgen ervan helderheid wordt geschapen. Tevens komt ze met de aanbeveling de uitgangspunten van het subsidiebeleid in wetgeving in formele zin vast te leggen.² De *controle* op de toepassing van de regelgeving behoeft verbetering. De Kamer moet het veranderingsproces dat bij het departement van VROM in gang is gezet, met het oog op deze verbetering, nauwlettend volgen. Daarnaast wordt gepleit voor een versterking van de rol van de Minister van Financiën en een betere organisatie en taakafbakening en -uitvoering van de Departementale Accountantsdienst, de Centrale Accountantsdienst en de Algemene Rekenkamer.

Terzake van het *subsidiesysteem* stelt de commissie dat een uniform stelsel voor huurwoningen onvoldoende rekening houdt met de verschillen in doelstelling bij de onderscheiden initiatiefnemers. Ze is voorstander van een overgang naar verschillende subsidie-instrumenten, met name ook om onderscheid te kunnen maken tussen de marktsector en de sociale sector.

2 Deze aanbeveling verdient naar mijn mening alle ondersteuning. In de hoofdstukken 4 en 5 van dit boek is bepleit om het primaat van de wetgever ook bij het scheppen van financiële aanspraken op de overheid te respecteren.

Ook moet er naar de mening van de commissie meer aandacht komen voor de financiële gevolgen van subsidieregelingen op middellange en lange termijn. Bij de bespreking van de *relatie bewindspersonen-ambtelijk apparaat* houdt de commissie volledig vast aan de ministeriële verantwoordelijkheid tegenover het parlement. De secretaris-generaal zou expliciet het management van het departement als eerste taak moeten krijgen. Gesteld wordt: 'De commissie beveelt aan dat bewindslieden bij hun aantreden duidelijke afspraken maken met en instructies geven aan de secretaris-generaal over de informatie die aan hen zal worden voorgelegd en over de wijze waarop deze moet worden verschaft. De secretaris-generaal moet naar de mening van de commissie ten opzichte van de bewindslieden verantwoordelijk zijn voor het naleven van deze afspraken door het ambtelijk apparaat' (*Kamerstukken II* 1987-1988, 19 623, nr. 30, p. 374). Ten aanzien van de *rol van de Tweede Kamer* merkt de commissie op dat het onvermijdelijk is dat de dagelijkse uitvoering van subsidieregels en -beleid zich aan het gezichtsveld van de Kamer onttrekt. Periodieke onderzoeken zouden de Kamer hiervan op de hoogte kunnen houden.

Tenslotte concludeert de commissie dat voor haar onderzoek de parlementaire enquête een noodzakelijk en bruikbaar instrument is gebleken.

3 Illustratie van verschil in beoordeling van het gevoerde beleid en bestuur

In deze paragraaf wordt aan de hand van enkele treffende passages uit de verhoren van de enquêtecommissie geïllustreerd dat het gevoerde beleid en bestuur ten aanzien van de subsidiëring van woningbouwprojecten door verschillende actoren verschillend wordt beoordeeld. Vervolgens wordt getracht de gehanteerde beoordelingsmaatstaven te ontwaren en iets te zeggen omtrent de herkomst van die maatstaven.

Dat op het punt van de beoordeling en de beoordelingscriteria van het onderhavige beleid en bestuur hevige discussies zijn gevoerd en zeker geen eenstemmigheid bestaat, is de meeste mensen niet ontgaan. In de verslagen van de verhoren, zoals die zijn afgenomen door de enquêtecommissie, treffen we passages die een duidelijk beeld geven van de verschillen in opvatting. Hieronder volgt een aantal fragmenten uit de verhoren.

Tijdens het verhoor van drs. E. Nijpels, vanaf 1973 lid van de Tweede Kamer voor D66, merkt voorzitter De Vries op: '(...) Nu wordt die term "bouwen, bouwen, bouwen" wel eens gebruikt met de bijklank van "hoe

dan ook", dus ongeacht andere zorgen van de rijksoverheid, bijvoorbeeld het fatsoenlijk uitvoeren van regelingen; als er maar gebouwd wordt, dan is alles goed!' Nijpels bevestigt dit en stelt dat een dergelijke sfeer er inderdaad was. En op de vraag van De Vries of er weinig werd gelet op de uitvoering naar inhoud en strekking van subsidieregelingen, antwoordt Nijpels: '(...) het resultaat was beslissend! Pas geleidelijk aan - als ik dat niet zou zeggen, zou ik mijn collega's en ook mijzelf wel erg geweld aan doen - is men gaan zien dat die regelingen gebrekkig waren, mogelijkheden hadden van een onbedoelde uitvoering en zelfs ook in plaats van een stimulans geleidelijk aan zijn gaan worden tot een rem op het bouwen (...)' (*Verhoren I*, 19 623, nr. 31, p. 406).

Tijdens het verhoor van J.C. Kombrink, Tweede Kamerlid voor de PvdA sinds 1972, stelt voorzitter De Vries: '(...) Essentieel is hierbij welke opvattingen mensen over de regels hadden. Ons is in onze verhoren al gauw gebleken dat men binnen de wereld van de volkshuisvesting nogal instrumenteel tegen de regels aankeek. Als het met de regeling kon, was het mooi, want daar is zij voor, maar als het niet met de regeling kon, dan maar zonder (...) Werd met het perspectief van de Kamer als het ware puur instrumenteel naar de regelgeving gekeken?' Kombrink stelt: '(...) ik weet niet of dat in de Kamer voor iedereen gelijk lag (...) Op dit terrein zijn er ongetwijfeld rekkelijken en preciezen geweest (...) De aandacht van de Kamer in zijn algemeenheid voor de vraag hoe de regering met de eigen regelgeving omsprong, was toen overigens, zoals wij nu weten, geringer dan nu.' (*Verhoren I*, 19 623, nr. 31, p. 469-470).

Op een vraag van commissielid Biesheuvel in verband met de toepassing in bepaalde gevallen van de Regeling -'68 nadat deze was ingetrokken stelde drs. J.P.A. Gruijters, Minister van VRO voor D66 in de periode 1973-1977: '(...) de wat achterhaalde gedachte die ik achter uw vraag meen te bespeuren is die, dat de overheid toch niets anders doet dan regels stellen en dat men zich daar dan maar aan moet houden. Dat is vandaag de dag maar een beperkte rol van de overheid. De overheid is door het enorme pakket van dienstverlening dat zij op zich heeft genomen, bijvoorbeeld dienstverlening in de zin van het goed huisvesten van het Nederlandse volk, veel meer een zakelijk participant geworden in een spel waar zij vaak opereert zoals een koopman.' (*Verhoren II*, 19 623, nr. 31, p. 689).

Belangwekkend was ook de discussie tussen voorzitter De Vries en Gruijters over de bedoeling van de regelingen. Ik citeer Gruijters: 'U zegt dat de

regeling was bedoeld om alle mensen gelijk te behandelen, maar daar was de regeling helemaal niet voor bedoeld. De regeling was bedoeld om de volkshuisvesting te bevorderen en wie daar iets wilde doen, kon rekenen op consessies elders.' De voorzitter constateert vervolgens dat Gruijters een interpretatie geeft van zijn beleidsvrijheid en niet van de wettelijke regeling. De reactie van Gruijters: 'Jawel, het is natuurlijk een interpretatie van de beleidsvrijheid die de wet mij geeft met het doel de volkshuisvesting te bevorderen.' Op de stelling van De Vries dat regels in dit land bedoeld zijn voor iedereen te gelden en eigenlijk nooit als zodanig voorwerp van discretionaire bevoegdheid van de minister zijn, reflecteert Gruijters: 'Daar ben ik het dan absoluut niet met u over eens. Dat is van regel tot regel verschillend.' (*Verhoren II*, 19 623, nr. 31, p. 696).

Op de vraag van commissielid Van Reij hoe toegepaste 'glijmiddelen' en de ad-hoc-maatregelen om woningbouwprojecten te stimuleren zich verhielden tot de geldende regels, antwoordt drs. M.P.A. van Dam, oud-staatssecretaris van Volkshuisvesting (1973-1977) en Minister van VROM in 1981 voor de PvdA, als volgt: 'Neen, niet uit de losse pols. Uiteraard probeer je dat te bereiken op basis van de bestaande regelingen. Niemand, noch in de Kamer, noch in het land, noch op het departement, heeft er ooit enige twijfel over gehad dat het goed voor de volkshuisvesting was als regels wel eens soepel werden toegepast. U zult het aantal kamerleden de kost moeten geven die zich kwamen melden op Volkshuisvesting met de vraag of wij in hun district of hun regio niet wat soepel konden omgaan met de regels. Het was namelijk zeer belangrijk dat het proces voortgang zou vinden. Iedereen wist dat. Iedereen vond het doodnormaal.' (*Verhoren III*, 19 623, nr. 31, p. 1211).

Oud-staatssecretaris Brokx, in de periodes 1977-1981 en 1982-1986 staatssecretaris namens het CDA, stelt op een vraag van De Vries dat hij in beginsel vindt dat de beschikkingen in het kader van de regeling geldelijke steun huurwoningen rigoureus moesten worden toegepast. En, aldus Brokx: '(...) op basis daarvan voer je beleid. Dan is er ruimte voor interpretatie, en die gebruik je dan ook. En vervolgens is aan de controlerende instanties ter beoordeling of die interpretatieve ruimte rechtens is gebruikt, ja dan nee.' (*Verhoren III*, 19 623, nr. 31, p. 1464).

Uit bovenstaande passages blijkt een duidelijk verschil in benadering. De beoordeling van de besluitvorming, zoals die heeft plaatsgevonden, geschiedt op basis van uiteenlopende gezichtspunten en verschillende maatstaven.

De enquêtecommissie legt de nadruk op de richtige uitvoering en toepassing van de geldende subsidieregels. Deze optiek vloeit ook voort uit de opdracht die de commissie had gekregen. Vanuit dit juridische gezichtspunt redenerend, constateert de commissie ernstige tekortkomingen in de besluitvorming.

De ex-bewindslieden Gruijters, Van Dam en Brokx stellen de doelstellingen van het volkshuisvestingsbeleid centraal: het bouwen van vastgestelde aantallen woningen van een bepaalde kwaliteit en beneden een bepaalde (huur)prijs. Als realisering van deze beleidsdoelstelling vraagt om een 'soepele' toepassing van de geldende regels of zelfs een afwijking daarvan, is dit toegestaan en zelfs geboden. De overheid bevindt zich namelijk niet primair in de positie van algemene regelgever, maar is een van de participanten in het onderhandelingsproces. Er wordt als het ware vanuit gegaan dat de regels de minister beoordelings- of beleidsvrijheid laten. De subsidieregels vormen het juridisch instrumentarium voor de minister. Tevens memoreren ze dat de politieke beoordeling door de Kamer ook voornamelijk geschiedde in termen van aantallen gerealiseerde woningen. Deze politieke context van het beleid en bestuur blijkt ook uit de verklaringen van de kamerleden Nijpels en Kombrink.

In het vervolg van dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de kernpunten en achtergronden binnen bepaalde stromingen van respectievelijk de juridische en politicologische benadering van overheidsbeleid en -bestuur. Alvorens dit te doen, wil ik beklemtonen dat parallellen die in deze paragraaf zijn getrokken tussen de opvattingen van de enquêtecommissie en de juridische optiek enerzijds en de opvattingen van ex-bewindslieden en kamerleden en de politicologische benadering anderzijds niet impliceren dat eventuele verwijten die of aan de enquêtecommissie of aan ex-bewindslieden gemaakt kunnen worden ten laste kunnen worden gebracht van de juridische of de politicologische benadering van beleid en beleidsinstrumenten.

4 Juridische invalshoek: het beleidsconcept in het bestuursrecht

In een moderne visie op het bestuursrecht worden twee dimensies onderscheiden, een waarborgkant en een instrumentele kant.³ Het bestuursrecht

3 Zie bij H.D. van Wijk en W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, 's-Gravenhage 1984, p. 33 e.v. en bij P. de Haan e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Deel I*, Deventer 1986, p. 28 e.v.

verschafft aan (bestuurs)organen van de overheid de instrumenten, in de zin van bestuursbevoegdheden, waarmee doelstellingen nagestreefd kunnen worden. Bestuursbevoegdheden worden vanuit de instrumentele optiek beschouwd als bestuursinstrumenten.⁴ De toedeling en uitoefening van die bestuursbevoegdheden moet wel op een rechtmatige wijze geschieden. Dit leidt dan tot de tweede dimensie van het bestuursrecht, de waarborgoptiek. Burgers en instellingen moeten worden beschermd tegen de actief optredende overheid. Als hun rechtspositie in het geding is, moeten zij eventuele conflicten met organen van de overheid aan een onafhankelijke rechterlijke instantie kunnen voorleggen. Dit is een belangrijk element van de rechtsstaatsgedachte, dat ook tot uitdrukking komt in artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.⁵

Nu is het zo dat bestuursorganen bij de uitoefening van hun bevoegdheden steeds vaker en meer beleidsvrijheid hebben. Deze beleidsvrijheid kan op een aantal wijzen ontstaan.⁶ Met name is daarbij relevant het feit dat bestuursbevoegdheden min of meer noodgedwongen steeds minder wettelijk genormeerd worden. Duk heeft in een belangrijk artikel beleidsvrijheid een van de vijf bestuursrechtelijke kernbegrippen genoemd.⁷ Andere termen die ter beschrijving van dit fenomeen worden gebruikt zijn beleidsruimte, beoordelingsvrijheid, discretionaire bevoegdheid en 'freies Ermessen'. Duk stelt dat de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door bestuursorganen en de beoordeling daarvan door rechterlijke instanties de kernproblemen van het moderne bestuursrecht zijn.⁸ Hij geeft dan, voor zover ik weet in de Nederlandse literatuur als eerste, een specifiek juridische invulling van het begrip beleid.⁹ Beleid houdt in een bepaalde wijze van bevoegdheidsuitoefening: 'stelselmatig gebruik van een bevoegdheid, volgens

4 De Haan e.a., *t.a.p.*

5 Vergelijk A.F.M. Brenninkmeijer, *De toegang tot de rechter*, Zwolle 1987, p. 108 e.v.

6 Zie ook bij Van Wijk/Konijnenbelt, *a.w.*, p. 154 e.v.

7 W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, *RM Themis* 1978, p. 564-587.

8 Duk, *a.w.*, p. 587.

9 Het spreekt vanzelf dat met deze juridische invulling een bepaald aspect van het begrip beleid wordt benadrukt en niet het gehele overheidsbeleid kan worden omvat. Wellicht zou gesteld kunnen worden dat op een minder expliciete en pregnante wijze deze gedachte ook al tot uitdrukking kwam bij T. Koopmans, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer 1972, p. 121 en bij J. van der Hoeven, De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak, *RM Themis* 1974, p. 658-678. Overigens wijs ik erop dat ik hier niet doel op de al wat oudere visie van de wet als beleidsinstrument, zie bijvoorbeeld T. Koopmans, De rol van de wetgever, in: H.C.F. Schoordijk e.a., *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle 1970, p. 221-235.

normen die autonoom zijn vastgesteld of (uitdrukkelijk, dan wel stilzwijgend) aanvaard door degene aan wie die bevoegdheid toekomt'.¹⁰ Deze eis van stelselmatig gebruik van een bevoegdheid vloeit als het ware voort uit de werking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur (grotendeels ongeschreven rechtsnormen); met name het verbod van willekeur, het gelijkheidsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel. Deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur vervullen in het bestuursrecht, als aanvulling op wettelijke voorschriften, een belangrijke functie. Ze zijn beslissingsnormen voor het bestuur, toetsingsnormen voor de rechter en beroepsgronden voor de burger.¹¹

Vervolgens is er door tal van juristen een relatie gelegd tussen recht en beleid. Zonder naar volledigheid te streven zal ik een aantal van deze publikaties aanstippen. In de eerste druk van het door mij al genoemde 'Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat' signaleren De Haan c.s. het eigen karakter van het bestuursrecht. Zij stellen dat dit karakter bepaald wordt door het feit dat in het bestuursrecht het overheidsbeleid inzet is van de rechtsregeling en dat de burger daartegen een bijzondere bescherming behoeft.¹² Hirsch Ballin stelt in zijn dissertatie dat rechtsvorming de norm-zijde is van het proces dat als geheel beleid heet. 'Beleid omvat wel "meer" dan rechtsvorming, maar niet in die zin dat er ook nog overheidsactiviteiten zouden zijn die niet behoeven te beantwoorden aan al dan niet gepositieerde eisen van recht.'¹³ Jue heeft onderzoek verricht naar juridische aspecten van het verschijnsel notabeleid met de bedoeling meer duidelijkheid te verschaffen ten aanzien van het rechtskarakter van beleidsnota's.¹⁴

Ook de opkomst van de term 'beleidsregels' is illustratief. Vooral dank zij het proefschrift van Van Kreveld is het begrip beleidsregel niet meer weg te denken uit het moderne bestuursrecht. Beleidsregels zijn algemene regels omtrent de uitoefening van bestuursbevoegdheden jegens de burger, vastgesteld door een bestuursinstantie die de bevoegdheid daartoe niet uitdrukkelijk aan de Grondwet of de formele wet ontleent, doch impliciet aan de bestuursbevoegdheid zelf en die in beginsel bindend zijn ingevolge de beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁵ Beleid kan dus worden neergelegd in wettelijke regelingen c.q. algemeen verbindende voorschriften en tevens

10 Duk, *a.w.*, p. 574.

11 Vergelijk Van Wijk/Konijnenbelt, *a.w.*, p. 67.

12 De Haan e.a., *a.w.*, p. 27.

13 E.M.H. Hirsch Ballin, *Publiekrecht en beleid*, Alphen aan den Rijn 1979, p. 42 en 248.

14 R.J. Jue, *Notabeleid en recht*, Deventer 1982.

15 J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer 1983, p. 9 e.v.

in beleidsregels. Daarnaast kan beleid ook blijken uit plannen en nota's. De juridische status van deze figuren loopt echter nogal uiteen.¹⁶ Bestuursbevoegdheden worden in eerste instantie genormeerd door wettelijke normen, echter via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook door (niet wettelijk vastgelegde) beleidsnormen. Uit het onderzoek van Van Kreveld is gebleken dat het verschijnsel beleidsregel in de jurisprudentie van de (administratief) rechterlijke colleges is geaccepteerd en een plaats heeft gekregen. Hirsch Ballin pleit voor het aannemen van een ongeschreven rechtsregel, die meebrengt dat in beginsel overeenkomstig de gestelde beleidsregels moet worden beslist. Naar zijn mening staat het vast dat de beleidsregels de rechtspositie van de burger mee bepalen en dat ze een rol kunnen spelen in het voorzienbaar maken van het overheidsoptreden.¹⁷

5 Politicologische invalshoek: het beleidsconcept in de politicologie

De bestudering van beleid, opgevat als overheidsbeleid, heeft een centrale plaats binnen de politicologie. Uitgaande van het model van het politieke systeem van Easton,¹⁸ wordt beleid gezien als een output van dat systeem. Organen van de overheid voeren voortdurend beleid; producten van besluitvorming van die organen kunnen worden beschouwd als een stukje beleid. Dit beleidsdenken vindt zijn herkomst in de Engelstalige politicologische literatuur; met name in de Amerikaanse. Ik wijs in dit verband op de publikaties van Braybrooke en Lindblom (1963), Dror (1968), Hofferbert (1974), Anderson (1975) en Patton (1978).¹⁹ Anderson omschrijft het begrip 'policy' als volgt: 'A purposive course of action followed by an actor or set of actors in dealing with a problem or matter of concern.' Bij 'public policies' betreft het dan: 'those policies developed by governmental bodies and officials.'²⁰

Ook in de Nederlandse politicologische literatuur treffen we de nodige beschouwingen over het beleidsdenken en het beleidsbegrip. Van Braam

16 Vergelijk Van Wijk/Konijnenbelt, *a.w.*, p. 232 e.v.

17 E.M.H. Hirsch Ballin, Recht op beleidsregels en beleidsregels als recht, *Ars Aequi* 1986, p. 493-501.

18 Zie in D. Easton, *Systems Analysis of political Life*, New York 1965.

19 D. Braybrooke en Ch.E. Lindblom, *A Strategy of Decision. Policy Evaluation as a social Process*, New York/London 1963/1970, Y. Dror, *Public policy-making reexamined*, New York 1968, Richard I. Hofferbert, *The Study of public Policy*, Indianapolis/New York 1974 (1937), James E. Anderson, *Public policy-making*, London 1975 en M.Q. Patton, *Utilization-focused Evaluation*, Beverly Hills/London 1978.

20 Anderson, *a.w.*, p. 3.

onderscheidt een drietal opvattingen over de inhoud van het begrip beleid: 1. beleid als cultuurbegrip, als een aanduiding voor denkbeelden die als richtsnoer voor maatschappelijk handelen dienen, 2. beleid als een samenhangend geheel van verrichtingen of activiteiten en 3. beleid als een samenhangend geheel van denkbeelden en activiteiten.²¹ Zelf kiest hij voor de eerste invulling, beleid als een cultuurbegrip, en hij omschrijft overheidsbeleid als '(...) een samenstel van opvattingen van de overheid in enig staatsverband over de wenselijke wijze van staatsburgerlijk en bestuurlijk handelen in dat verband.'²² Kuypers en Hoogerwerf leggen bij de invulling van het concept beleid de nadruk op de doel-middel verhoudingen. Kuypers stelt: 'Beleid is een systeem van gekozen elementen, waarvan elk zich tot één of meer andere elementen verhoudt als een doel tot een middel of als een middel tot een doel'.²³ Hoogerwerf, hoogleraar beleidsprocessen in het openbaar bestuur in de faculteit bestuurskunde van de Universiteit Twente, was als schrijver en/of redacteur betrokken bij een aantal belangrijke publikaties op het terrein van het overheidsbeleid: Beleid belicht (Alphen aan den Rijn 1972), Overheidsbeleid (Alphen aan den Rijn 1978, derde druk 1985), Succes en falen van overheidsbeleid (Alphen aan den Rijn 1983), Handboek beleidsevaluatie (Alphen aan den Rijn/Brussel 1984) en Het ontwerpen van overheidsbeleid: Een handleiding met toelichting (Bestuurswetenschappen 1984). In het vervolg van deze paragraaf worden de benadering en de opvattingen van Hoogerwerf kort weergegeven.

In de visie van Hoogerwerf vormt het beleid van de overheid een antwoord, een reactie op bepaalde maatschappelijke c.q. politieke problemen. Hij omschrijft beleid als het streven naar het bereiken van bepaalde doeleinden met bepaalde middelen en in een bepaalde tijdsvolgorde.²⁴ Binnen een beleidsproces kan een vijftal deelprocessen worden onderscheiden: het voorbereiden, bepalen, uitvoeren, evalueren en bijsturen van een beleid.²⁵ Wetenschappelijke bestudering van processen c.q. deelprocessen van overheidsbeleid is van belang in verband met de gewenste kennis van en inzichten in de succes- en faalfactoren van het overheidsbeleid. 'Overheidsbeleid moet gebaseerd zijn op een adequate beleidstheorie, die weer mede moet berusten op empirisch onderzoek van het beleidsveld en de

21 A. van Braam, *Leerboek bestuurskunde*, Muiderberg 1986, p. 14.

22 Van Braam, a.w., p. 15.

23 G. Kuypers, *Beginnelsen van beleidsontwikkeling*, Muiderberg 1980, p. 19 en 35.

24 A. Hoogerwerf, Inhoud en typen van beleid, in: A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn 1985, p. 25.

25 A. Hoogerwerf, Het beleidsproces, in: A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn 1985, p. 57.

beleidsprocessen. Een goed beleidsresultaat begint bij een goed beleidsontwerp, dat op goede informatie berust. Misschien faalt de verzorgingsstaat op geen enkel gebied zozeer als ten aanzien van de mobilisatie van wetenschappelijke kennis voor de oplossing van maatschappelijke problemen'.²⁶

De belangrijkste maatstaven die worden gehanteerd bij de beoordeling van het succes of het falen van het overheidsbeleid zijn de effectiviteit (doeltreffendheid) en de efficiëntie (doelmatigheid). De effectiviteit van het beleid geeft de mate aan waarin een bepaald middel bijdraagt tot het bereiken van een bepaald doel. De efficiëntie van het beleid wordt bepaald door de verhouding tussen de hoeveelheid van aangewende middelen en de mate van doelbereiking.²⁷ Tevens wordt gekeken naar de legitimiteit van het beleid. Daarbij gaat het om de vraag in hoeverre het beleid een vertaling is van de eisen die eraan gesteld worden en of er voldoende steun is voor het betreffende beleid. Hoogerwerf stelt: 'Bij het ontwerpen van beleid moet naar ons oordeel zowel aan het beginsel van de rationaliteit²⁸ als dat van de legitimiteit serieus aandacht worden geschonken. Onder rationaliteit wordt hier de doelgerichtheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van het beleid verstaan. Met legitimiteit wordt hier bedoeld op de mate waarin het beleid door de betrokkenen (overheid, beleidsuitvoerders en de bevolking waarop het beleid zich richt) als juist wordt beschouwd. Naarmate het beleid legitiem is, mogen aanvaarding van het beleid en steun voor het beleid worden verwacht.'²⁹ Hierbij moet worden opgemerkt dat legitimiteitsvraagstukken in zijn publikaties aanzienlijk minder aandacht krijgen dan vraagstukken van doelgerichtheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van beleid.

Wetenschappelijke kennis en inzichten zouden onder meer moeten leiden tot theorieën en methoden inzake het ontwerpen en het evalueren van

26 A. Hoogerwerf, Succes en falen van overheidsbeleid in Nederland, in: A. Hoogerwerf (red.), *Succes en falen in overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn 1983, p. 39.

27 Vergelijk A. Hoogewerf en H.M. in 't Veld-Langeveld, Evaluatie van overheidsbeleid, in: A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn 1985, p. 163-165.

28 Het hier door Hoogerwerf gehanteerde begrip rationaliteit wijkt af van het begrip rationaliteit dat, in navolging van Snellen, in dit hoofdstuk wordt gebruikt. Hoogerwerf kiest voor een beperkte invulling van het rationaliteitsbegrip, een soort van doelrationaliteit. Snellen neemt een ruimer rationaliteitsbegrip: '(...) criteria gericht op collectief gedrag' en geeft aan dat het een subjectief begrip betreft. Zo komt hij tot vier rationaliteiten in overheidsbeleid; de politieke, juridische, economische en (technische en/of sociaal-) wetenschappelijke rationaliteit. Zie I.Th.M. Snellen, *Boeiend en geboeid*, Alphen aan den Rijn 1987, p. 1 en 2.

29 A. Hoogerwerf, Het ontwerpen van overheidsbeleid: Een handleiding met toelichting, *Bestuurswetenschappen* 1984, p. 9.

overheidsbeleid. Bij het ontwerpen van beleid gaat het om het intellectuele proces van het uitdenken, formuleren, en toelichten van een te voeren beleid. 'Een systematische bezinning op de empirische, en normatieve theoretische basis van het ontwerpen van beleid kan er toe bijdragen het realiteitsgehalte van het beleid te vergroten, de effectiviteit en legitimiteit van het beleid te verhogen en het gebruik van wetenschappelijk onderzoek in het beleid te bevorderen.'³⁰ Het evaluatie-onderzoek ten aanzien van overheidsbeleid heeft als kenmerk dat het langs wetenschappelijke weg tracht te komen tot kennis met het oog op de beoordeling van de inhoud, het proces en/of de effecten van een beleid.³¹ De resultaten van beleidsevaluatieonderzoek kunnen zelf weer van belang zijn bij het ontwerpen en bijsturen van beleid.³²

6 Achtergronden van verschillen tussen de beleidsconcepten

Uit het voorgaande kunnen we concluderen dat er verschil is ten aanzien van de betekenis van het begrip beleid in de politicologie en in de bestuursrechtswetenschap. Beleid in politicologische zin houdt volgens Hoogerwerf in een streven naar het bereiken van gestelde doeleinden met bepaalde middelen in een bepaalde tijdsvolgorde. Het finale denken staat centraal, de beoordeling van het beleid geschiedt voornamelijk in termen van doelgerichtheid, doeltreffendheid en doelmatigheid en daarnaast tevens in termen van legitimiteit. Uitgangspunt is een (doel)rationeel actormodel.

In het bestuursrecht heeft beleid de betekenis van een stelselmatige, consistente besluitvorming ter zake van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door bestuursorganen. In situaties van beleidsvrijheid zijn bestuursorganen gehouden tot het ontwikkelen van beleidslijnen (eventueel in de vorm van beleidsregels) en in beginsel tot toepassing daarvan in individuele, concrete gevallen.³³ De beoordelingsmaatstaf is de rechtmatigheid van het besturen. In het geval van het geheel of gedeeltelijk ontbreken van wettelijke normen gaat het dan om de behoorlijkheid van het bestuur

30 Hoogerwerf, *a.w.*, p. 4 en 5.

31 Hoogerwerf/In 't Veld-Langeveld, *a.w.*, p. 178.

32 Vergelijk I.Th.A. Bressers en A. Hoogerwerf, Inleiding tot de beleidsevaluatie, in: H.J. Blommenstein e.a. (red.), *Handboek beleidsevaluatie*, Alphen aan den Rijn/Brussel 1984, p. 32 e.v.

33 In de rechterlijke beoordeling vinden we deze twee fasen, (marginale) toetsing van beleid en toetsing van toepassing van dat beleid in individuele, concrete gevallen, vaak terug. Zie ook bij Van Wijk/Konijnenbelt, *a.w.*, p. 75.

(verbod van willekeur, gelijkheid, rechtszekerheid, zorgvuldigheid, evenredigheid³⁴).

Een punt van overeenkomst tussen de twee benaderingen is de aandacht voor de besluitvorming van overheidsorganen die gericht is op de beïnvloeding van gedrag c.q. de keuze uit gedragsalternatieven door burgers, instellingen en/of andere overheidsorganen.³⁵ Verschillend is echter de optiek vanuit welke naar die besluitvorming wordt gekeken. Verschillend zijn ook de criteria en maatstaven die gehanteerd worden bij de beoordeling van het proces van besluitvorming en de uitkomsten van het besluitvormingsproces. In de politicologische benadering vormen de perceptie en formulering van het probleem door de beleidsvoerder(s) of door anderen en de (mede) daaruit resulterende beleidsdoelstellingen het uitgangspunt voor de ontwerper of evaluator van het beleid. De inzet van de middelen/instrumenten en de timing daarvan moeten gericht zijn op de realisering van de beleidsdoelstellingen, in een zo gunstig mogelijke doel-middel verhouding, en daarmee op de oplossing van het probleem.

In de bestuursrechtelijke benadering staat de rechtspositie van de burger centraal. In een rechtsstaat behoren de toedeling en de uitoefening van bevoegdheden door overheidsorganen op een 'rechtmatige' wijze te geschieden. De verdeling van bevoegdheden over diverse organen en de controle op de bevoegdheidsuitoefening zijn gericht op de spreiding van macht ter verzekering van vrijheid, het voorkomen van machtsmisbruik en willekeurig handelen en het tot stand brengen van een machtsevenwicht. Tevens hebben burgers recht op een gelijke behandeling door organen van de overheid, tenzij een aanvaardbaar differentiatie-criterium de ongelijkheid in behandeling kan rechtvaardigen. Ook hebben zij recht op een bepaalde

34 Het evenredigheidsbeginsel vertoont in zijn structuur verwantschap met de politicologische doel-middel redeneringen. Echter, over de reikwijdte van dit beginsel verschillen de meningen. Volgens sommige auteurs speelt dit beginsel slechts bij de toepassing van sancties, zie bijvoorbeeld Van Wijk/Konijnenbelt, *a.w.*, p. 104. Volgens anderen heeft het een ruimere werking of zou het die althans moeten hebben. Zie E.M.H. Hirsch Ballin en A.J.C. de Moor-van Vugt, Doel en middel in het bestuursrecht *Ars Aequi* 1986, p. 783-790. Ook dan blijft er echter een duidelijk verschil met de politicologische invalshoek. De rechtspositie van de betrokkenen vormt dan het kader voor de beoordeling van de evenredigheidskwestie. In het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht is in het tweede lid van artikel 3.2.3. een bepaling opgenomen die het evenredigheidsbeginsel weergeeft: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.'

35 Zie ook in hoofdstuk 2 van dit boek.

mate van rechtszekerheid, met name in de zin van voorzienbaarheid van en continuïteit in het overheidsoptreden.

7 Een beleidsinstrumentenleer

In deze paragraaf zal aandacht worden besteed aan de pogingen om te komen tot een gefundeerde leer of theorie ten aanzien van aan de overheid ter beschikking staande instrumenten van beleid. Dergelijke ondernemingen zijn geïnitieerd zowel vanuit een meer juridisch georiënteerde benadering als vanuit de politicologisch/bestuurskundige hoek. Mijn bedoeling is niet in dit verband een volledig beeld of een afgewogen oordeel te geven over de geschriften waarin wordt gepoogd een dergelijke leer of theorie te ontwikkelen. In het kader van dit hoofdstuk dient de korte uiteenzetting over de beleidsinstrumentenleer als een illustratie van het verschil in benadering en beoordeling van beleid in de juridische, met name de bestuursrechtelijke, discipline en de politicologische discipline.

Een poging om te komen tot een (beleids)instrumentenleer vanuit een overwegend juridische benadering, of op zijn minst met een juridische invalshoek, treffen we bij Geelhoed c.s.³⁶ Geelhoed vestigt de aandacht op wat we zouden kunnen betitelen als de juridische grondslagen en bijwerkingen van het overheidsbeleid. 'De staat is in de keuze, vormgeving en de hantering van de middelen waarmee hij de besluitvorming in de particuliere sector beoogt te beïnvloeden feitelijk en rechtens gebonden. Het rechtsstaatbeginsel vergt dat de verticale betrekkingen tussen staat en burger, zo niet aan de wet gebonden, door het recht worden beheerst. Naarmate de interventies van de staat in de particuliere sfeer indringender - hetzij in de vorm van dwingende maatregelen, hetzij in de vorm van waarborgen - worden, zijn de formele eisen aan die ingrepen zwaarder. Echter ook de lichtere interventies blijken in toenemende mate voor juridificering vatbaar. De keuze voor een bepaald type interventie heeft welhaast automatisch formele of materiële juridische consequenties, die

36 Zie met name in het rapport van L.A. Geelhoed (in samenspraak met de overige leden van de startwerkgroep Beleidsinstrumenten in directe zin), *De interveniërende staat. Aanzet voor een instrumentenleer*, 's-Gravenhage 1983. Vervolgens heeft de Commissie-Geelhoed (Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen) een eindbericht gepubliceerd, *Deregulering van overheidsregelingen, Kamerstukken II 1983-1984*, 17 931, nr. 9. Dit eindbericht heeft geleid tot de vaststelling van *Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving* (Sicrt. 1984, 232) en *Aanwijzingen inzake de toetsing van ontwerpen van wet en van algemene maatregel van bestuur* (Sicrt. 1985, 18).

op hun beurt de effectiviteit van de ingrepen kunnen beïnvloeden. De vormgeving en toepassing van de interventies wordt mede bepaald door eisen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, rechtseenheid en zorgvuldigheid. Het stelsel van negatieve grondrechten, tenslotte, stelt eigen eisen en beperkingen aan de reikwijdte en vormgeving van de interventies. Daaraan is het doelmatigheidsvereiste principieel ondergeschikt.³⁷

Bij de keuze van interventietypen/beleidsinstrumenten hebben organen van de overheid in een rechtsstaat te maken met juridische eisen en beperkingen. Het is van belang te onderkennen dat dit gevolgen kan hebben voor de effectiviteit en de efficiëntie van het beleid. Geelhoed komt tot een typologie van interventies op basis van een door Zijlstra ontwikkelde typologie. Bij elk interventietype bespreekt hij de directe en indirecte beleidskosten, de juridische problematiek en de coördinatieproblematiek.³⁸

Ook in politicologische publikaties is en wordt aandacht geschonken aan het onderwerp beleidsinstrumenten(-leer/theorie). Ringeling heeft in zijn Rotterdamse oratie gewezen op vijf relevante aspecten ten aanzien van het gebruik en de bestudering van beleidsinstrumenten: het waardegebonden, politieke karakter van beleidsinstrumenten, de onderkenning van elementen van politieke retoriek in het gebruik van het begrip in de context van het beleid, de verbinding bij de keuze van beleidsinstrumenten tussen de eigenschappen van die instrumenten en de voorkeuren en ervaring van bepaalde actoren of organisaties, de noodzaak tot onderzoek naar het gebruik van instrumenten op verschillende beleidsgebieden en onder uiteenlopende maatschappelijke en bestuurlijke omstandigheden en tenslotte de wenselijkheid van zowel analytisch, empirisch, normatief als prescriptief onderzoek inzake de instrumenten van het beleid.³⁹

In het kader van het vierde door Ringeling genoemde aandachtspunt, onderzoek naar het gebruik van beleidsinstrumenten op diverse beleids-terreinen en onder uiteenlopende omstandigheden, kan gewezen worden op het werk van Bressers. Hierbij gaat het om empirisch onderzoek naar de effecten van beleidsinstrumenten met name in het kader van het milieubeleid. 'De basis van een instrumententheorie moet bestaan uit tenminste drie groepen variabelen: instrumenten (de onafhankelijke variabelen), de effecten (de afhankelijke variabelen) en de omstandigheden waaronder de instrumenten worden toegepast'.⁴⁰

37 Geelhoed, *a.w.*, p. 9 en 10.

38 Geelhoed, *a.w.*, p. 31 e.v.

39 A.B. Ringeling, *De instrumenten van het beleid*, Alphen aan den Rijn 1983, p. 23 en 24.

40 J.Th.A. Bressers en P.J. Klok, Grondslagen voor een instrumententheorie, *Beleidswetenschap* 1987, p. 79.

In politicologische publikaties over het onderwerp beleidsinstrumenten wordt nogal eens het onderscheid gemaakt tussen beleidsinstrumenten met een (overwegend) regel- of voorschriftkarakter, de zogenaamde 'directives', en beleidsinstrumenten met een prikkelkarakter, de zogenaamde 'incentives'.⁴¹ Bij instrumenten met een regelkarakter wordt dan bedoeld op verboden en geboden (de verplichting tot het nalaten of tot het ontplooiën van bepaalde gedragingen). Bij instrumenten met een prikkelkarakter heeft men het oog op heffingen, belastingvoordelen en subsidies (respectievelijk de plicht tot het betalen van een bepaalde som geld en aanspraken van burgers of bedrijven op overheidsmiddelen). De tendens van het betoog is dan dat vaker de voorkeur gegeven zou moeten worden aan de prikkelbenadering bij de keuze van beleidsinstrumenten. Hierdoor zouden de nadelen die zijn verbonden aan instrumenten met een regelkarakter, zoals de verregaande gedetailleerdheid en ingewikkeldheid van regels, de controle- en handhavingproblemen en de inflexibiliteit,⁴² grotendeels kunnen worden vermeden.

Bij deze visie kunnen kanttekeningen worden geplaatst. Door het gebruik van het terminologisch onzuivere onderscheid tussen regels en prikkels zou de suggestie gewekt kunnen worden dat beleidsvoerders bij het gebruik van instrumenten met een zogenaamd regelkarakter te maken hebben met juridische eisen en beperkingen en dat deze eisen en beperkingen niet of in mindere mate aan de orde zijn bij het gebruik van instrumenten met een prikkelkarakter. Op deze wijze zou dan een onjuist beeld van de werking van een rechtstelsel kunnen ontstaan.⁴³ Wat is dan het probleem? Ook bij beleidsinstrumenten die, in termen van de genoemde auteurs, een prikkelkarakter hebben, bijvoorbeeld bij subsidies en heffingen, spelen juridische eisen en beperkingen een wezenlijke rol. Ook al ontbreekt bijvoorbeeld bij subsidiëring nogal eens de wettelijke normering, dit impliceert geenszins dat bestuurders in casu niet te maken hebben met een juridische grondslag en tal van rechtmatigheidsaspecten. Ook bij subsidiebeleid gelden voor bestuursorganen eisen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en zorgvuldigheid. In geval van het ontbreken van wettelijke regels hebben we steeds vaker te maken met beleidsregels. Ook hier spelen problemen ten aanzien van de uitvoering van en controle op het beleid en moeten met het oog daarop kosten worden gemaakt. Bij beleidsbeëindiging of

41 Zie bijvoorbeeld bij B.M. Mitnick, *The political Economy of Regulation: creating, designing and removing regulatory forms*, New York 1980 en bij Bressers/Klok, a.w., p. 92 e.v.

42 Bressers, a.w., p. 120.

43 Vergelijk D.W.P. Ruiter, Het begrip rechtsnorm, in: J.G. Steenbeek e.a. (red.) *Bestuur en norm* (Crisis Le Roy-bundel), Deventer 1986, p. 225.

beleidswijziging (bij 'incentive-beleid') moeten beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen (met name het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel). Naast de zelfstandige waarde en de betekenis van deze rechtsbeginselen of rechtsnormen als waarborgen voor burgers tegen het bestuursoptreden, is het van belang te onderkennen dat ze de flexibiliteit, effectiviteit en efficiëntie van een beleidsinstrument kunnen beïnvloeden.⁴⁴

Wel is het zo dat we sturingsinstrumenten kunnen onderscheiden naar de mate van keuzemogelijkheid uit gedragsalternatieven die wordt gelaten aan burgers en instellingen, in economische termen gesteld de mate van het marktconform-zijn van de sturing. Sturing met behulp van subsidies en budgetten bijvoorbeeld laat meer keuzevrijheid en is meer marktconform dan sturing via geboden en verboden. Een dergelijk onderscheid en een dergelijke typering van beleidsinstrumenten zijn zeker zinvol. Het gebruik in dit verband van de termen regels en prikkels is echter ongelukkig. Wettelijke voorschriften en/of andere (geschreven of ongeschreven) rechtsregels spelen bij het gebruik van nagenoeg alle sturingsinstrumenten door de overheid. Rechtsnormen, gericht op de beïnvloeding van de besluitvorming en het gedrag van burgers, instellingen en overheidsorganen, doen zich voor in een grote variëteit. Ze kunnen bepaalde gedragingen verbieden of gebieden, met eventueel de mogelijkheid van een toestemming of vrijstelling (vergunningen- en ontheffingenstelsels). Ook kunnen ze aanspraken aan burgers en instellingen verlenen. Tenslotte kunnen ze bevoegdheden scheppen of overdragen en de uitoefening ervan normeren. Dat de toedeling en uitoefening van bevoegdheden op een rechtmatige wijze moet geschieden, lijkt mij niet alleen vanuit juridische, rechtsstatelijke waarden van belang. Een zekere mate van acceptatie, kenbaarheid, voorzienbaarheid en stabiliteit van het beleid is ook een noodzakelijke voorwaarde om te komen tot een effectieve gedragsbeïnvloeding.

8 Rationaliteiten in overheidsbeleid: een onvermijdelijk en onoplosbaar spanningsveld?

In paragraaf 3 van dit hoofdstuk werd geconstateerd dat er verschillen in beoordeling en beoordelingsmaatstaven te onderkennen zijn ten aanzien van het gevoerde beleid en bestuur inzake de subsidiëring van de woningbouw. Herkenbaar in de redeneringen zijn elementen uit verschillende

⁴⁴ Zie ook bij Geelhoed, *a.w.*

rationaliteiten die inherent zijn aan overheidsbeleid⁴⁵ en de beleidsconcepten die daarmee samenhangen. Ik releveer de standpunten en redeneringen nog even.

De enquêtecommissie, die ook de opdracht had onderzoek te verrichten naar de totstandkoming en toepassing van drie subsidieregelingen, bekijkt primair de juridische rationaliteit en constateert op dat punt ernstige tekortkomingen in de besluitvorming. De *rechtmatigheid* van het bestuur is dan de beoordelingsmaatstaf. De juridische status van de subsidieregelingen en de implicaties daarvan zijn daarbij uiteraard relevant (algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels). In dit verband ga ik op dit vraagstuk niet verder in. Ik volsta met een verwijzing naar hoofdstuk 7 van het rapport van de commissie (p. 267 e.v.), het heldere advies van prof. mr. M. Scheltema hierover (bijlage 5 bij het rapport, p. 453 e.v.), de gevoerde discussie in *NRC Handelsblad* en het themanummer van het *Nederlands Juristenblad*.⁴⁶ In het geding zijn waarden en normen als de naleving van rechtsregels, de rechtszekerheid en de gelijke behandeling van de subsidievragers en de machts- en bevoegdheidsverdeling tussen organen van de overheid. Subsidieregelingen zijn primair bedoeld om burgers en instellingen een stukje zekerheid te geven over het te voeren beleid, de kansen op een gelijke behandeling van gelijke gevallen te vergroten en voor de normering van de besluitvorming door bestuursorganen in individuele gevallen. Zijn de betreffende regels te karakteriseren als algemeen verbindende voorschriften, dan is afwijking niet of nauwelijks mogelijk. Betreft het beleidsregels dan is afwijking slechts in bijzondere gevallen mogelijk of zelfs verplicht. En ook al zouden expliciete regels ontbreken, dan nog zijn bestuursorganen gehouden een vaste lijn in hun besluitvorming te ontwikkelen. Kortom, *met beleid te beslissen!*

Dit impliceert uiteraard niet dat het subsidiebeleid niet gewijzigd kan worden. Als de minister de mening is toegedaan dat het subsidiebeleid, zoals dat is neergelegd in regels of tot uitdrukking is gekomen in een reeks van beslissingen, niet meer in het belang is van de woningbouw en de volkshuisvesting, dan zal hij actie moeten ondernemen, gericht op de wijziging van die regels of die impliciete beleidslijn. Welke procedures en voorwaarden daarbij in acht moeten worden genomen is afhankelijk van de juridische status van de regels of van het beleid (wet in formele zin,

45 Vergelijk Snellen, *t.a.p.*

46 Zie voor de opvattingen van P. de Haan, J.H. van Kreveld, N. Verheij en S.F.L. Baron van Wijnbergen, *NRC Handelsblad* van respectievelijk 7 oktober, 12 oktober, 13 oktober en 2 november 1987. En zie *NJB* 1988, p. 485 e.v. Ik sluit me overigens aan bij de opvattingen van Van Kreveld, Verheij en Scheltema.

algemene maatregel van bestuur, ministeriële regeling inhoudende algemeen verbindende voorschriften, ministeriële beleidsregeling al dan niet gepubliceerd of een impliciete beleidslijn).

De voormalige bewindslieden Gruijters, Van Dam en Brokx benaderen de kwestie vanuit een geheel andere optiek. Ze beoordelen de besluitvorming primair op basis van de *doeltreffendheid* van het beleid en baseren zich op de politieke context waarin de besluitvorming zich heeft voltrokken. Hun redenering kan globaal als volgt worden weergegeven. Centraal staat de doelstelling van het volkshuisvestings- en woningbouwbeleid: het bouwen van vastgestelde aantallen woningen van een bepaalde kwaliteit en beneden een bepaalde (huur)prijs. De toekenning van bouwsubsidies is een belangrijk middel in verband met de realisering van deze beleidsdoelstelling en de subsidieregels vormen als het ware het juridische instrumentarium voor de minister. Afwijking van deze regels door de minister is echter toegestaan en wellicht zelfs geboden als dat bijdraagt tot een hogere mate van doelbereiking. Immers, het instrument subsidiëring wordt ingezet en de subsidieregels zijn gesteld met het oog op deze doelstelling van beleid. Tevens memoreren ze dat de politieke beoordeling door de Kamer ook voornamelijk geschiedde in termen van aantallen gerealiseerde woningen.

Ik zal hier geen oordeel geven over de vraag welke benadering de meeste instemming verdient, ik laat dat graag aan het oordeel van de lezer over. Daarbij moeten we ons wel realiseren dat de onderzochte bestuurspraktijk in zijn tijdsperiode geplaatst moet worden en daarom niet volledig beoordeeld kan en mag worden naar de maatstaven (juridisch, politiek, organisatorisch en beleidsmatig) van dit moment. Snellen heeft in zijn Tilburgse oratie het beeld opgeroepen van vier rationaliteiten, als in zich gesloten stelsels van criteria voor verantwoord handelen, die een rol spelen bij elk overheidsbeleid en die elkaar bij de vorming en de uitvoering van het beleid als het ware proberen te verdringen.⁴⁷ De aanwezigheid van een spanningsveld tussen de eisen die voortvloeien uit verschillende rationaliteiten is ook te constateren bij het hier besproken bouwsubsidiebeleid. Vanuit de juridische rationaliteit, met als primaire maatstaf de rechtmatigheid van beleid en bestuur, wordt aangedrongen op een zekere vastheid, stabiliteit en voorzienbaarheid in de besluitvorming. Vanuit andere rationaliteiten kan het om redenen van doelgerichtheid, doeltreffendheid of doelmatigheid van het beleid, juist wenselijk zijn dat er speelruimte is bij het bestuur om flexibel te kunnen reageren op de omstandigheden. Ook

47 Snellen, *t.a.p.*

moeten we ons voortdurend bewust zijn van de eigenaardigheden van de politieke context waarin het beleid zich voltrekt.

De vraag dient zich aan hoe dan moet worden omgegaan met dit potentiële spanningsveld en of het een onvermijdelijk en onoplosbaar spanningsveld betreft. De enquêtecommissie stelt dit belangrijke punt ook aan de orde. Zij stelt: 'Het is naar de opvatting van de commissie niet juist dat het bestuur door dit uitgangspunt (de gebondenheid van het bestuur aan de wet, Ph. E.) alle beweeglijkheid zou worden ontnomen. Het bestuur krijgt in de wetgeving de ruimte die de wetgever wil. Het krijgt geen ruimte waar de wetgever dat niet wil. Natuurlijk bestaat de noodzaak dat het bestuur flexibel moet kunnen inspelen op hetgeen de maatschappelijke omstandigheden van het bestuur vergen. Voorzover behoefte is aan flexibiliteit zal deze echter haar grondslag moeten vinden in de geldende regelgeving.' (*Rapport*, 19 623, nr. 30, p. 277). Ook Scheltema bestrijdt de suggestie dat er een sterke tegenstelling moet bestaan tussen een doelgericht subsidiebeleid en een beleid dat zich aan de juridische regels houdt. Hij stelt dat het mogelijk is wettelijke regels voor de toekenning van subsidies zodanig vorm te geven dat zij ook uit beleidsoverwegingen voldoende doelmatig zijn (*Rapport*, 19 623, nr. 30, p. 475).

9 Slotbeschouwing

In dit hoofdstuk is naar aanleiding van het onderzoek van de parlementaire enquêtecommissie bouwsubsidies aandacht besteed aan verschillen in beoordeling en beoordelingsmaatstaven in verband met het beleid en het bestuur door de overheid. De conclusies en aanbevelingen van de enquêtecommissie zijn kort besproken en aan de hand van passages uit de verhoren van de commissie is een illustratie gegeven van de verschillen in opvatting en benadering. Door een bespreking van de invulling van het concept beleid in het bestuursrecht en de politicologie is getracht nader inzicht te verschaffen in de eisen die vanuit deze disciplines worden gesteld aan het beleid en bestuur door de overheid.

In het bestuursrecht is de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door bestuursorganen en de controle daarop door de rechter een centraal thema. Beleid in deze context veronderstelt een bepaalde wijze van bevoegdheidsuitoefening, namelijk stelselmatig, consistent en volgens normen die zijn vastgesteld of aanvaard door het orgaan dat de bevoegdheid heeft. Deze eis tot een stelselmatig gebruik van bevoegdheden berust op beginselen van behoorlijk bestuur, met name het verbod van willekeur,

het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Bestuursbevoegdheden worden in eerste instantie genormeerd door wettelijke normen, echter via algemene beginselen van behoorlijk bestuur tevens door beleidsnormen.

De bestudering van het beleid van de overheid is een belangrijk onderwerp in de politicologie. Een van de aandachtspunten hierbij is de betekenis van de politieke context waarin het beleid zich voltrekt. Ik heb me voornamelijk gebaseerd op de benadering van Hoogerwerf. Daarin wordt beleid beschouwd in termen van doel-middel relaties. Als maatstaven voor de beoordeling van het overheidsbeleid dienen de effectiviteit en de efficiëntie van het beleid en ook de legitimiteit ervan.

Zowel vanuit een overwegend juridische benadering als vanuit een overwegend politicologische optiek zijn pogingen ondernomen om te komen tot een leer of theorie ten aanzien van aan de overheid ter beschikking staande instrumenten van beleid. Geelhoed c.s. hebben gewezen op de juridische grondslagen en bijwerkingen van beleidsinstrumenten; elk type interventie heeft juridische implicaties die eventueel ook de effectiviteit en de efficiëntie van de ingreep kunnen beïnvloeden. In politicologische studies en publikaties worden beleidsinstrumenten uiteraard beoordeeld op basis van de feitelijke uitwerking die ze hebben op het bereiken van de doelstellingen van beleid en op eventuele niet beoogde (neven)effecten.

Beoefenaren van de bestuurskunde, de bestuurswetenschappen of de beleidswetenschappen hebben de pretentie het overheidsbeleid vanuit verschillende invalshoeken, op basis van een multidisciplinaire benadering, te bestuderen. In dit hoofdstuk heb ik een poging ondernomen om van twee van die invalshoeken aan te geven hoe zij het concept beleid benaderen en daarbij elkaar aanvullen. Bij het ontwerpen en evalueren van beleid en wetgeving behoren de verschillende invalshoeken in hun onderlinge verhouding en wisselwerking tot uitdrukking te komen.

Wetgeving in de jaren negentig*

Van deregulering naar algemeen wetgevingsbeleid

1 Inleiding

Een belangrijk thema in de wetgeving in het achter ons liggende decennium was de deregulering. De dereguleringsgedachte kan worden beschouwd als een reactie op de enorme vloed aan wetgeving en andere regelgeving, die heeft geleid tot een onoverzichtelijk en ontoegankelijk geheel aan regels, die vaak maar beperkt het gewenste effect sorteerden. Uitgangspunt daarbij was dat het regelbestand moest worden verminderd en vereenvoudigd. Op dit moment kan worden geconstateerd dat de deregulering als thema is verbreed naar aandacht voor de kwaliteit van wetgeving in algemene zin. Gestreefd moet worden naar het (verder) ontwikkelen van een algemeen wetgevingsbeleid gericht op de verbetering van de kwaliteit van de wetgeving. Dit wetgevingskwaliteitsbeleid zal in de komende jaren nader inhoud en vorm dienen te krijgen.

In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de overgang van deregulering naar algemeen wetgevingsbeleid. Allereerst zal kort aandacht worden besteed aan het dereguleringsbeleid en de resultaten daarvan. Vervolgens zal worden ingegaan op de betekenis van de notie algemeen wetgevingsbeleid; daarbij zullen zowel de inhoudelijke kant, de kwaliteitscriteria, als de institutionele kant, de instrumenten en de verantwoordelijkheden, van het algemeen wetgevingsbeleid aan de orde komen. Ter afsluiting van dit hoofdstuk zal de vraag worden behandeld welke factoren van belang zijn voor het verder ontwikkelen en het slagen van een algemeen wetgevingsbeleid.

* De inhoud van dit hoofdstuk is eerder gepubliceerd in *RegelMaat* 1990, p. 26-32.

2 Het dereguleringsbeleid

2.1 Ontwikkeling

De impulsen voor het entameren van het dereguleringsbeleid door het kabinet-Lubbers I waren van tweeërlei aard en herkomst.¹ Enerzijds werden ze geïnspireerd vanuit een economische invalshoek; de gevolgen van de intense regulering door de overheid voor het bedrijfsleven stonden hierbij centraal. Met name Amerikaanse aanbod-economen hebben de aandacht gevestigd op de (negatieve) gevolgen van de overheidsregulering voor de economie. Anderzijds werd er vooral door juristen op gewezen dat de omvang en toegankelijkheid van het regelbestand problemen opleverden; dit leidt met name tot problemen bij de uitvoering en handhaving van de wetgeving. En als uitvoering en handhaving al mogelijk zijn, leidt dat tot een enorme belasting van het bestuurlijk en het justitieel apparaat. Het dereguleringsbeleid stond aldus in het teken van de vermindering van de regeldruk voor de samenleving, met name het bedrijfsleven, en de vermindering van de lastendruk voor de overheid (bestuur en rechter).

Ten behoeve van de ontwikkeling en vormgeving van het dereguleringsbeleid zijn door het toenmalige kabinet commissies ingesteld, zoals de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen (Commissie-Geelhoed) en de Commissie-Van der Grinten, die aanbevelingen heeft gedaan tot deregulering in het belang van de economische ontwikkeling. De rapporten van de Commissie-Geelhoed hebben een belangrijke aanzet gegeven voor de ontwikkeling van het dereguleringsbeleid. Dit geldt zowel voor het rapport 'De interveniërende staat',² dat hoofdzakelijk een analyserend karakter heeft, als voor het eindbericht 'Deregulering van overheidsregelingen' (*Kamerstukken II* 1983-1984, 17 931, nr. 9). Dit eindbericht bevat tal van aanbevelingen en suggesties voor soberheid in het gebruik van wetgeving en voor vereenvoudiging van wettelijke regels.

De door de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen ontwikkelde criteria voor een sober en terughoudend wetgevingsbeleid zijn neergelegd in de Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving (vastgesteld bij besluit van de Minister-President van 5 november 1984, nr. 349931, *Stcrt.* 1984, 232). Vervolgens is een

1 Vergelijk het eerste jaarverslag van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, *Toetsing wetgevingsprojecten*, Jaarverslag 1987-1988, *Kamerstukken II* 1988-1989, 20 800 hfdst. VI, nr. 13, p. 5 en 6.

2 L.A. Geelhoed, *De interveniërende staat*, Aanzet voor een instrumentenleer, 's-Gravenhage 1983. In de kamerstukken verschenen onder *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 936, nr. 3.

toetsingsprocedure voor wetten en algemene maatregelen van bestuur ontworpen, en neergelegd in de Aanwijzingen inzake de toetsing van ontwerpen van wet en van algemene maatregel van bestuur (vastgesteld bij besluit van de Minister-President van 16 januari 1985, nr. 351994a, *Stcrt.* 1985, 18). Een evaluatie van deze ambtelijke toetsingsprocedure, die plaatsvindt onder verantwoordelijkheid van het Ministerie van Justitie, leidde tot de conclusie dat de toetsing als gevolg van de kenmerken van de ambtelijke en politieke besluitvormingsprocessen weinig effectief was (*Kamerstukken II* 1985-1986, 17 931, nr. 68).

De conclusie dat er, met het oog op de invloed en status van de adviezen, behoefte was aan toetsing op een hoger niveau met een externe inbreng heeft geleid tot de instelling van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (onder voorzitterschap van een externe regeringscommissaris voor de toetsing van wetgevingsprojecten).³

2.2 De balans

Heeft het dereguleringsbeleid de beoogde effecten teweeggebracht? Is het dereguleringsbeleid succesvol geweest? Deze vragen zijn niet eenvoudig te beantwoorden. Om tot een verantwoorde beantwoording te kunnen komen, is grondig onderzoek naar de feiten onontbeerlijk. Hier zal daarom worden volstaan met het geven van een aantal indrukken.

De eerste, cruciale vraag is welke maatstaven we moeten hanteren bij de beoordeling van het succes en het falen van het dereguleringsbeleid. Een voor de hand liggend criterium is het aantal regels; deregulering wordt op deze wijze primair kwantitatief benaderd. Toch is deze benadering van het fenomeen deregulering zeker te beperkt en naar mijn idee zelfs niet de belangrijkste. In eerste instantie zou moeten worden gekeken naar de inhoud van de regels. De wijze van regulering is een belangrijke maatstaf; het gaat dan bijvoorbeeld om het type interventie dat door de overheid wordt gehanteerd om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. Een relevant aandachtspunt in dat verband zijn de lasten voor burgers, bedrijven en instellingen en voor organen van de overheid zelf, die voortvloeien uit de

3 De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (de Toetsingscommissie) is ingesteld bij besluit van 10 september 1987, *Stcrt.* 181. Het instellingsbesluit is herzien bij besluit van 11 januari 1989, *Stcrt.* 20. E.M.H. Hirsch Ballin was de eerste voorzitter van de Toetsingscommissie; in verband met zijn toetreding tot het kabinet Lubbers-Kok als Minister van Justitie is hij, bij koninklijk besluit (*Stb.* 1989, 525), ontslagen uit zijn functie. C.A.J.M. Kortmann is hem opgevolgd als voorzitter van de Toetsingscommissie en regeringscommissaris voor de toetsing van wetgevingsprojecten.

gekozen wijze van regulering. Bovendien moet worden gelet op de handelings- en beslissingsruimte die wordt gelaten aan burgers, bedrijven en instellingen. We kunnen dit criterium aanduiden als de intensiteit van de regulering.⁴ Een andere maatstaf heeft betrekking op de eenvoud, toegankelijkheid en begrijpelijkheid van de geldende regels.

Een belangrijk gegeven is dat de mate en wijze van regulering samenhangt met de gewenste c.q. noodzakelijke sturing door de overheid. Als we bijvoorbeeld denken aan de ontwikkeling van het milieubeleid in de afgelopen jaren, dan kunnen we constateren dat maatschappelijke omstandigheden (toenemende problemen met het milieu) hebben geleid tot de behoefte aan meer sturing door de overheid. Dit heeft vervolgens geresulteerd in meer en intensere regulering door de overheid en tot een toename van de wet- en regelgeving.⁵ Als we op de verschillende beleidsterreinen kijken naar de ontwikkelingen in regulering en deregulering, ontstaat een uiteenlopend en genuanceerd beeld.⁶ Op sommige beleidsterreinen valt een opmars van de overheid te constateren en ten gevolge daarvan een toename van de regulering en regelgeving (milieu en gezondheidszorg). Op andere beleidsterreinen hebben we te maken met ontwikkelingen in de richting van een terugtrekkende overheid en met minder regulering (volkshuisvesting en onderwijs). Hierbij moet worden aangetekend dat definitieve uitspraken hierover nog niet zijn te geven; de ontwikkelingen zijn immers nog in volle gang en zijn zeker nog niet voltooid.

Voorbeelden van andere wijzen van sturing en regulering die meer ruimte en verantwoordelijkheid laten aan burgers en instellingen en mede daardoor minder belastend zijn, kunnen we vinden in de ontwikkelingen en plannen in het onderwijsbeleid. Het gaat dan om de nota 'School op weg naar 2000' ten aanzien van het basisonderwijs, het lager beroepsonderwijs en het algemeen voortgezet en voorbereidend wetenschappelijk onderwijs, en het inmiddels bij de Tweede Kamer ingediende voorstel van een Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (*Kamerstukken II* 1988-1989, 21 073, nrs. 1-2) voor het hoger onderwijs. Kernpunt bij beide is een afstandelijker, globalere sturing door de overheid die meer ruimte laat voor zelfregulering door de instellingen. De veronderstelling is dat door de lump sum-financiering en kwaliteitstoetsing achteraf de

4 Vergelijk W. Derksen, De werkelijkheid van de terugtrekking, in: W. Derksen e.a. (red.), *De terugtrekking van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, Zwolle 1989, p. 27.

5 Zie ook Th.G. Drupsteen, Milieu, in: W. Derksen e.a. (red.), *De terugtrekking van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, Zwolle 1989, p. 101 e.v.

6 Zie bij Derksen, *a.w.*, p. 22 en 23. Hij geeft in het kort de conclusies van de verschillende auteurs, die de diverse beleidsterreinen hebben geanalyseerd, weer.

regelgeving door de overheid drastisch kan worden verminderd en vereenvoudigd. Overigens betekent het gegeven dat er in het overheidsbeleid en de regelgeving meer ruimte en verantwoordelijkheid wordt gegeven aan de instellingen om zelf keuzen te maken nog niet dat dit beleid ook steun zal ondervinden bij de instellingen. Bestaande posities en garanties kunnen hierdoor immers in gevaar komen.⁷

Uit het voorgaande is gebleken dat de balans ten aanzien van het dereguleringsbeleid niet eenvoudig valt op te maken. De verschillende beleidsterreinen kenmerken zich door uiteenlopende maatschappelijke en politieke ontwikkelingen en dientengevolge ontstaan verschillen in de mate en wijze van regulering en regelgeving. Geconstateerd is dat op bepaalde beleidsterreinen positieve ontwikkelingen in gang zijn gezet; de resultaten daarvan moeten worden afgewacht.

Worden de denkbeelden die van belang zijn bij de deregulering nu terzijde geschoven als we spreken van de overgang van deregulering naar algemeen wetgevingsbeleid? Dat is niet het geval; diverse elementen van het dereguleringsbeleid zijn tevens van belang bij het algemeen wetgevingsbeleid gericht op de verbetering van de kwaliteit van de wetgeving. Een uitvoerige analyse van de noodzaak van interventie via wetgeving en onderzoek naar de meest passende en minst belastende wijze van regulering bijvoorbeeld zijn wezenlijke aandachtspunten binnen het wetgevingskwaliteitsbeleid. We kunnen het als volgt formuleren. In de afgelopen jaren was het dereguleringsbeleid mede gericht op de verbetering van de kwaliteit van de wetgeving, in de komende jaren zal het vraagstuk van regulering en deregulering onderdeel zijn van een veel breder opgezet algemeen

7 De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten heeft ook gewezen op dit verschijnsel in haar interim-advies inzake de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (advies van 11 maart 1988, CTW 88/6). Zij merkt op p. 3 het volgende op: 'Daarbij is het cruciale punt de samenhangende vergroting van de verantwoordelijkheden die - naast de overheidstaak op dit terrein - zullen kunnen en moeten worden gedragen door de andere betrokken actoren: de instellingen en studenten. Dit betekent niet dat er voor belanghebbenden binnen het hoger onderwijsbestel slechts voordelen aan de voorgestelde wetgeving zijn verbonden. Een stelsel waarin - zoals tot dusver - het accent ligt op gedetailleerde regelingen van activiteiten en financiering, biedt de betrokken functionarissen vrij veel zekerheid, in hoge mate zelfs ongeacht de onderwijskundige en wetenschappelijke kwaliteit van hun activiteiten. Bij een stelsel waarin vergrote verantwoordelijkheid gepaard gaat met intensievere kwaliteitstoetsingen met de noodzaak rekening te houden met de - dankzij het studiepuntenstelsel - selectievere vraag van studentenzijde, valt die beschutting weg. Dit maakt het waarschijnlijk dat het wetsvoorstel uit de kring van de betrokkenen op weerstanden zal stuiten'. Het interim-advies is ook als bijlage gevoegd bij het eindadvies over het voorstel van een Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (2 juni 1988, CTW 88/18).

wetgevingsbeleid gericht op de verbetering van de kwaliteit van wetgeving. In de volgende paragraaf zal nader worden ingegaan op de inhoud en betekenis van de notie algemeen wetgevingsbeleid.

3 Het algemeen wetgevingsbeleid

3.1 Inleiding

Het is dikwijls moeilijk om uit officiële stukken precies te achterhalen door wie en op welk moment een bepaald begrip is geïntroduceerd. Dit geldt ook voor het begrip algemeen wetgevingsbeleid. In het eerste jaarverslag van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten werd wel veelvuldig gesproken over het wetgevingsbeleid en de verschillende aspecten daarvan.⁸ De term algemeen wetgevingsbeleid werd echter nog niet gebruikt. In de brief van formateur Lubbers aan de Koningin (van 7 november 1989, *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 132, nr. 12, p. 2) waarin hij verslag doet van de resultaten van zijn formatiewerkzaamheden, lezen we de volgende passage: 'Bevestigd werd voorts dat het algemeen wetgevingsbeleid gericht op de verbetering van rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van de wetgeving en de constitutionele en Europees- en internationaalrechtelijke toetsing van wetgeving tot de primaire verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie behoort'. In de regeringsverklaring van het kabinet Lubbers-Kok wordt vervolgens aangekondigd dat de Minister van Justitie medio 1990 een nota aan de Tweede Kamer zal voorleggen waarin wordt ingegaan op de vormgeving van zijn primaire verantwoordelijkheid voor het algemeen wetgevingsbeleid, gericht op de verbetering van de bestuurlijke en rechtsstatelijke kwaliteit van de wetgeving en de constitutionele, communautaire en internationale toetsing van wetgeving. Echter nog daarvoor, op 1 september 1989, werd binnen het Directoraat-Generaal Wetgeving van het Ministerie van Justitie een nieuwe afdeling ingesteld met de naam Stafafdeling Algemeen Wetgevingsbeleid.⁹

8 *Toetsing wetgevingsprojecten*, Jaarverslag van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten 1987-1988, *Kamerstukken II* 1988-1989, 20 800, hfdst. VI, nr. 13. Gesproken wordt onder meer van een terughoudend, sober, doeltreffend, doelmatig en rechtmatig wetgevingsbeleid (p. 8). In het besluit tot instelling van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten wordt in artikel 2 onder meer gesteld dat de commissie tot taak heeft voorstellen van wet en van algemene maatregel van bestuur te toetsen uit een oogpunt van een sober en terughoudend wetgevingsbeleid.

9 De Stafafdeling Algemeen Wetgevingsbeleid, ingesteld bij besluit van de Minister van Justitie

Zoals reeds opgemerkt gaat het bij het algemeen wetgevingsbeleid om de kwaliteit van de wetgeving en de verbetering daarvan; het betreft wetgevingskwaliteitsbeleid. De centrale doelstelling is de ontwikkeling en uitwerking van kwaliteitscriteria voor wetgeving en de bevordering van de verwezenlijking van dergelijke kwaliteitscriteria in de wetgeving. Het beleid betreft niet in het bijzonder de wetgeving in een bepaalde sector of een bepaald beleidsterrein, maar is gericht op de wetgeving in het algemeen. Uiteraard is het wel zo dat dit beleid bij de toepassing als het ware moet worden vertaald naar de wetgevingsprojecten inzake concrete onderwerpen op een bepaald beleidsterrein met specifieke kenmerken. Samenvattend kan worden gesteld dat het algemeen wetgevingsbeleid is gericht op het ontwikkelen van richtinggevende gedachten met betrekking tot het geheel van kwaliteitseisen ten aanzien van wetgeving en de vertaling daarvan naar het concrete niveau van de voorbereiding van wetgeving.

In het vervolg van deze paragraaf zal eerst nader worden ingegaan op een belangrijk inhoudelijk element van het algemeen wetgevingsbeleid: de aspecten van de kwaliteit van wetgeving. Vervolgens komt de institutionele kant van het algemeen wetgevingsbeleid aan de orde. Daarbij komt het instrumentarium van het algemeen wetgevingsbeleid aan bod en worden de verantwoordelijkheden van de verschillende actoren in het proces van wetgeving belicht.

van 10 oktober 1989 (nr. 226/089), heeft de volgende taakopdracht:

1. Het bevorderen van de kwaliteit van wetgeving, onder meer door het ontwikkelen van algemeen beleid ter zake; het bieden van ondersteuning bij de toetsing aan de diverse kwaliteitseisen waaronder begrepen toetsing aan internationaal recht en de versterkte handhaafbaarheidstoetsing van de milieuwetgeving; ondersteuning van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten en de regeringscommissaris voor de toetsing van wetgevingsprojecten; bevordering van informatievoorziening en vorming van hen die bij het wetgevingsproces betrokken zijn.
2. Het bevorderen en verwezenlijken van de harmonisatie van wetgeving; voorzitterschap en secretariaat van de Interdepartementale Commissie voor de Harmonisatie van Wetgeving, Algemene wet bestuursrecht, andere harmoniserende wetgeving; ondersteuning van de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht en de regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht.
3. De zorg voor algemene wetgevingsvraagstukken; algemene vraagstukken inzake voorbereiding, vormgeving, inhoud en toetsing van wetgeving; Aanwijzingen voor de wetgeving; Draaiboek voor de wetgeving; systematische documentatie inzake algemene wetgevingsvraagstukken.

De nieuwe Stafafdeling Algemeen Wetgevingsbeleid zal haar taak in nauwe samenwerking met de andere Stafafdelingen binnen het Directoraat-Generaal Wetgeving van Justitie en met de overige wetgevingsafdelingen van alle ministeries verrichten.

3.2 Inhoudelijke aspecten

We hebben vastgesteld dat het algemeen wetgevingsbeleid is gericht op de verbetering van de kwaliteit van de wetgeving. Een voor de hand liggende vraag is dan welke aspecten bepalend zijn voor die kwaliteit. Aan welke criteria dient goede wetgeving te voldoen? Vervolgens gaat het erom, omstandigheden te scheppen die ertoe kunnen leiden dat wetten daadwerkelijk in overeenstemming zijn met dergelijke kwaliteitscriteria. Bij de verdere ontwikkeling van het algemeen wetgevingsbeleid is het daarom allereerst noodzakelijk de verschillende aspecten van de kwaliteit van wetgeving en de samenhang daartussen te onderkennen. Tevens is van belang dat de onderscheiden aspecten worden uitgewerkt en verfijnd, zodat ze zich lenen voor toepassing bij concrete wetgevingsprojecten.

Het ligt voor de hand om bij de onderscheiding van kwaliteitsaspecten van wetgeving uit te gaan van de functies van wetgeving. Een bekende tweedeling in functies van wetgeving is die in waarborg en instrument. Enerzijds beoogt wetgeving, door het in algemene termen bepalen van de rechtspositie van de burgers, de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te bevorderen; anderzijds wordt wetgeving gebruikt om het gedrag van burgers c.q. maatschappelijke organisaties te sturen in de richting van wenselijk geachte beleidsdoelstellingen. In het eerste geval worden de criteria en beoordelingsmaatstaven afgeleid uit rechtsstatelijke waarden. In het tweede geval vindt de beoordeling plaats in termen van doeltreffendheid en doelmatigheid.¹⁰ Toen in het voorgaande gesproken werd over de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van de wetgeving, werd ook bedoeld op deze tweedeling in functies van wetgeving en de daarmee samenhangende beoordelingscriteria.

De juist besproken tweedeling in aspecten van de kwaliteit van wetgeving is nog vrij grof. De indruk bestaat dat er, wellicht als uitwerking van de rechtsstatelijke en de bestuurlijke c.q. beleidsmatige dimensie, een verdere differentiatie in kwaliteitsaspecten mogelijk en wenselijk is. In het vervolg zal een indeling in zes aspecten van de kwaliteit van wetgeving worden geïntroduceerd en zal tevens kort worden ingegaan op de inhoud en betekenis van die aspecten. Hierbij moet worden aangetekend dat met de volgorde van opsomming en behandeling van de aspecten niet is gepoogd om een rangorde binnen de aspecten aan te brengen. De te onderscheiden aspecten van de kwaliteit van wetgeving zijn:

¹⁰ In plaats van de term doeltreffendheid wordt ook wel effectiviteit gebruikt en in plaats van doelmatigheid wordt wel gesproken van efficiëntie.

- a. rechtmatigheid;
- b. doeltreffendheid en doelmatigheid;
- c. proportionaliteit en subsidiariteit;
- d. uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid;
- e. onderlinge afstemming;
- f. eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

ad. a. Bij *rechtmatigheid* van wetgeving gaat het om de overeenstemming met het internationale en communautaire recht, met de Grondwet en met algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en de beginselen inzake het juiste niveau van regelgeving en inzake attributie en delegatie van bevoegdheden, inwerkingtreding en overgangsrecht. Het gaat om de eisen en grenzen die het recht stelt aan de wetgeving. Veelal worden deze eisen opgevat als randvoorwaarden c.q. minimum-eisen die moeten worden gesteld aan de wetgeving. Het nastreven van de verwerkelijking van rechtsbeginselen, bijvoorbeeld het bevorderen van de rechtszekerheid, kan echter ook een zelfstandig oogmerk zijn van wetgeving.

Het lijkt haast vanzelfsprekend om te stellen dat wetgeving dient te voldoen aan eisen van rechtmatigheid. De vraag kan dan opkomen of rechtmatigheid wel als een zelfstandig kwaliteitscriterium moet worden genoemd. Er zijn minstens twee belangrijke argumenten voor het opnemen van rechtmatigheid als criterium voor de kwaliteit van wetgeving. Het eerste argument is juist genoemd; de verwerkelijking van rechtsbeginselen is een van de oogmerken van wetgeving. Bovendien hebben recente uitspraken van rechters nog eens geleerd dat de wetgeving helemaal niet in alle gevallen rechtmatig is. Door de opkomst van het internationale en communautaire recht is met name de toetsing aan deze regels van steeds groter gewicht. Ter illustratie kan worden gewezen op twee uitspraken van de Centrale Raad van Beroep (CRvB 7 december 1988, *NJ* 1989, 14 en *AB* 1989, 10), waarin werd beslist dat de aan de Algemene Weduwen- en Wezenwet inherente beperking tot weduwen waar het betreft de aan deze wet te ontleen aanspraken strijdig is met artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.¹¹ Ook kan worden gewezen op het Harmonisatiewet-arrest (HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 met noot van M. Scheltema en *AA* 1989, 6, met artikel van E.M.H. Hirsch Ballin, p. 578-592). De Hoge Raad concludeerde dat de bestreden bepalingen van de zogenaamde Harmonisatiewet (Wet van 7 juli 1988, *Stb.* 334) in strijd kwamen met gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken studenten

¹¹ Zie hierover ook M.L.P. van Houten, In principe gelijk, *NTB*, 1989, p. 140 e.v.

en derhalve met het rechtszekerheidsbeginsel. Dat de Hoge Raad het niet zijn taak acht om de toetsing van wetgeving in formele zin aan rechtsbeginselen te introduceren in ons rechtstelsel doet niet af aan de inhoud van het gegeven oordeel.

ad. b. Bij *doeltreffendheid* gaat het om de mate waarin verwacht mag worden dat de wettelijke regeling bijdraagt tot de verwezenlijking van de beoogde doelstellingen. Bij *doelmatigheid* gaat het om de verhouding tussen de op grond van de wet te treffen maatregelen en de daaruit resulterende lasten enerzijds en de te verwachten mate van doelbereiking c.q. de positieve effecten anderzijds. Beide zijn belangrijke indicatoren voor de kwaliteit van wetgeving. Als de wetgever een regeling maakt om bepaalde doelstellingen te bereiken, moet de inhoud van die regeling ook gericht zijn op de daadwerkelijke realisering van die doelstellingen. Een evenwichtige verhouding tussen de lasten en baten van een regeling is tevens van belang; getracht moet worden om de beoogde doelstellingen te realiseren met de inzet van zo weinig mogelijk middelen.

Dit impliceert dat voorafgaand aan het ontwerpen van een wettelijke regeling de daaraan ten grondslag liggende doelstellingen volledig worden weergegeven en nauwkeurig worden geformuleerd.¹² Deze doelformulering dient liefst zo concreet mogelijk te geschieden. Het in de gaten houden en in kaart brengen van de doel-middel-relaties is van wezenlijk belang. Om tot een goed beeld van het reële karakter van doel-middel-relaties te komen, is een zorgvuldige analyse van het betrokken maatschappelijke verschijnsel onontbeerlijk.

ad. c. Bij *proportionaliteit* en *subsidiariteit* gaat het om het beperken van onnodige lasten voor burgers, instellingen en bedrijven en het zo mogelijk ruimte laten voor en aansluiten bij het zelfregulerend vermogen van burgers en maatschappelijke organisaties. Dit aspect van de kwaliteit van wetgeving sluit aan bij de kern van de dereguleringsgedachte. Waar mogelijk moeten de verantwoordelijkheden op een zo laag mogelijk niveau worden gelegd. De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten merkte in haar eerste jaarverslag over dit onderwerp het volgende op: 'Waar de maatschappelijke omstandigheden zulks toelaten, verdient de vervulling van publieke taken door medeoverheden en maatschappelijke verbanden de voorkeur. De centrale overheid (meestal in de positie van de wetgever in formele zin,

¹² Vergelijk het bepaalde in aanwijzing 4 van de *Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving* (Stcrt. 1984, 232).

Ph.E.) dient zich zoveel mogelijk te beperken tot het scheppen van de noodzakelijke randvoorwaarden, het stellen van minimum-eisen, het ondersteunen van maatschappelijke processen door het verzekeren van institutionele en materiële voorwaarden en het waken tegen ongewenste en ontoereikende resultaten. Dit veronderstelt een overheid die, in plaats van eenzijdig en direct ingrijpen, meer indirect en interactief met de samenleving zijn beleid realiseert. Een voorwaarde hiervoor is wel dat de maatschappelijke belangen die in het geding zijn in de samenleving voldoende en gelijkwaardig georganiseerd zijn. Bij de overheid en bij belanghebbenden in de samenleving zal voorts de bereidheid moeten bestaan om traditionele vormen van overheidsregulering ter discussie te stellen'.¹³

We moeten ons realiseren dat overheidsverantwoordelijkheid niet per definitie betekent dat organen van de overheid belast moeten worden met het stellen van alle regels en de gehele uitvoering daarvan. De wetgever kan in bepaalde gevallen wellicht volstaan met het geven van een kader en het bieden van de mogelijkheid van controle achteraf. Het gaat erom het juiste evenwicht te vinden tussen overheidsregulering, als uitdrukking van overheidsverantwoordelijkheid, en zelfregulering door burgers en maatschappelijke organisaties binnen dat kader. Aldus komen we tot het concept van de wettelijk gestructureerde en geconditioneerde zelfregulering.¹⁴

De achterliggende gedachte is dat door aansluiting bij de structurele en culturele kenmerken van maatschappelijke sectoren de uitvoeringsgerichtheid en de bereidheid tot naleving, als gevolg van de toegenomen legitimatie, vergroot kunnen worden. Uiteindelijk kan dit leiden tot een grotere effectiviteit van de regulering. Een bijkomend voordeel is dat de belasting van de wetgever, het bestuur en wellicht ook de rechter zal afnemen.¹⁵

ad. d. Wetten die niet of onvoldoende uitvoerbaar en handhaafbaar zijn, dreigen tot een symbool, een dode letter te worden. Juist daarom zijn *uitvoerbaarheid* en *handhaafbaarheid* belangrijke kwaliteitseisen voor wetgeving die beoogt effect te sorteren.¹⁶ We kennen allen de voorbeelden uit de praktijk ten aanzien van problemen met de handhaving van regels;

13 *Toetsing wetgevingsprojecten*, Jaarverslag 1987-1988 van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, *Kamerstukken II* 1988-1989, 20 800, hfdst. VI, nr. 13, p. 7.

14 Zie ook hoofdstuk 9 van dit boek.

15 Zie ook hoofdstuk 9 van dit boek.

16 Zie voor het belang van de handhaving van wetgeving ook de voordracht van G.J. van Dinter, gepubliceerd in *Stcr.* 206 van 23 oktober 1989.

ter illustratie kan worden gewezen op de maximum-snelheden en de milieuwetgeving. Allereerst is de vraag aan de orde of de gestelde regels überhaupt uitvoerbaar c.q. handhaafbaar zijn. En als dat al zo is, dan gaat het om de belasting, de kosten die voor het bestuurlijk en het justitieel apparaat zijn gemoeid met de uitvoering en handhaving. Daarbij moeten we ons realiseren dat we op dit moment te maken hebben met een overbelasting van alle onderdelen van de strafrechtelijke keten: opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging.

Het is van belang om de handhavingsvraag niet als een geïsoleerd sluitstuk van de wetgeving te beschouwen; reeds bij het formuleren van de doelstellingen en de keuze van instrumenten moet worden nagedacht over de handhaafbaarheid.¹⁷ Bij de keuze tussen de verschillende mogelijke handavingsstelsels, privaatrechtelijk, bestuurlijk, strafrechtelijk en tuchtrechtelijk, moeten de voor- en nadelen zorgvuldig worden afgewogen. In het verleden is het gebruik van het strafrecht te veel als de meest voor de hand liggende mogelijkheid beschouwd. Bestuurlijke handhaving kan bijvoorbeeld, onder meer bij beleidsinstrumentele wetgeving, een goed alternatief bieden.¹⁸ De Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (*Stb.* 1989, 300), de zogenoemde Lex Mulder, is een voorbeeld van wetgeving waarin administratieve sancties worden gebruikt waar voorheen sprake was van handhaving via het commune strafrecht. Ook het inschakelen van belanghebbenden bij de handhaving moet worden overwogen. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid merkt in het rapport *Rechtshandhaving* op dat hiertoe meer aanknopingspunten bestaan naarmate schendingen van de publiekrechtelijke normen meer — kunnen — samenvallen met inbreuken op in het privaatrechtelijke verkeer geldende rechtsplichten.¹⁹ Ter illustratie kan worden verwezen naar de Wet persoonsregistraties (*Stb.* 1988, 665).

Indien toch wordt gekozen voor strafrechtelijke bepalingen is de formulering van de elementen van de delictsomschrijving van groot belang in verband met de gebruiksmogelijkheden. De bewijsbaarheid van vage en te complexe delictsomschrijvingen kan immers tot grote problemen leiden.

We moeten ons terdege realiseren dat er behalve een goed stelsel van sanctionering ook nog tal van andere mogelijkheden zijn om de naleving

17 Vergelijk E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsvorming door wetgeving, Aanzet voor een post-instrumentalistische wetgevingstheorie*, *Bouwrecht* 1989, p. 487-494.

18 Vergelijk Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rechtshandhaving*, Rapport nr. 35, 's-Gravenhage 1988, p. 149.

19 WRR, *i.a.p.*

en uitvoering van wettelijke regels te bevorderen. Bijvoorbeeld kan worden gewezen op het belang van goede voorlichting over de geldende regels, op het instellen van beloningen, incentives bij norm- of beleidsconformiteit en op vormen van toezicht en inspectie.

ad. e. De *onderlinge afstemming* van regels binnen een rechtsstelsel is noodzakelijk om inconsistenties en onnodige verschillen te voorkomen. Integratie en coördinatie ten aanzien van de toekenning en uitoefening van bevoegdheden kunnen leiden tot de noodzakelijke beleidsinhoudelijke afstemming. Harmonisatie van wetgeving is gericht op vragen van meer juridische aard. Van Buuren onderscheidt vier motieven voor harmonisatie van wetgeving: vermijden van innerlijke tegenspraak in de wetgeving, bevorderen van eenvoud van het recht, bevorderen van rechtszekerheid en efficiëntie bij de totstandkoming van wetten.²⁰

Het maken van en aansluiten bij wetboeken en algemene wetten is een belangrijk middel om de onderlinge afstemming te bevorderen. De Algemene wet bestuursrecht, waarvan de eerste tranche inmiddels bij de Tweede Kamer ligt, geeft hiervan een goed voorbeeld. Een van de doelstellingen van de Algemene wet bestuursrecht is het bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving (*Kamerstukken II* 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 4).

ad. f. Het spreekt voor zich dat *eenvoud, duidelijkheid* en *toegankelijkheid* kenmerken dienen te zijn van goede wetgeving. Degenen die met de regels worden geconfronteerd, de burgers, en degenen die de regels moeten toepassen, bestuur en rechter, moeten immers duidelijk voor ogen hebben wat de wetgever wil en bedoelt. Dit stelt hoge eisen aan de formulering van de wettelijke bepalingen en de structuur en vormgeving van de wet. Bij deze ambachtelijke kant van de werkzaamheden van de wetgevingsambtenaar kan steun worden gezocht bij de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (vastgesteld bij besluit van de Minister-President van 14 februari 1984, nr. 341078, *Stcrt.* 1984, 52).

Het mag duidelijk zijn, dat de onderscheiden aspecten niet allen van gelijke aard zijn. Zo verschilt het rechtmatigheidsaspect van wetgeving bijvoorbeeld nogal van het aspect doeltreffendheid en doelmatigheid en ook van proportionaliteit en subsidiariteit. Het aspect rechtmatigheid heeft een vrij concreet

20 P.J.J. van Buuren, Harmonisatie van wetgeving, in: J.A.M. van Angeren e.a. (red.), *Kracht van wet* (Van Eijkern-bundel), Zwolle 1984, p. 235 e.v.

en duidelijk karakter en kan als zodanig worden gezien als een eis waaraan elke wet ten alle tijde moet voldoen. Dit betekent overigens niet dat vooraf in alle gevallen volstreekte zekerheid kan worden verschaft over de rechtmatigheid van wettelijke regels. Het aspect proportionaliteit en subsidiariteit bijvoorbeeld is abstracter en meer afgeleid van maatschappelijke, politieke en bestuurlijke tendensen. Het is daarom ook van belang om te beklemtonen dat het geheel van aspecten van de kwaliteit van wetgeving en de gegeven invulling daarvan niet als een statisch, onveranderlijk gegeven moet worden gezien.

Een wet kan nog zo goed zijn doordacht en in elkaar zitten, het effect zal nihil zijn indien die wet politiek of maatschappelijk niet haalbaar is. Dit betekent dat gevoel voor de politieke en maatschappelijke context van wezenlijk belang is bij het maken van wettelijke regelingen. Dit betekent ook dat er om tot politieke of maatschappelijke haalbaarheid te geraken vaak concessies moeten worden gedaan ten aanzien van de besproken kwaliteitsaspecten. Moet de politieke en maatschappelijke haalbaarheid dan niet als een kwaliteitscriterium worden gezien? Dat lijkt me niet het geval. Het gaat er om dat gegeven de politieke en maatschappelijke omstandigheden gestreefd wordt naar het zo veel als mogelijk voldoen aan de diverse criteria voor de kwaliteit van wetgeving.

Ter afsluiting van dit onderdeel is het van belang op te merken dat ten behoeve van de materiële invulling van het algemeen wetgevingsbeleid verder moet worden nagedacht over de verschillende aspecten van de kwaliteit en de samenhang en de mogelijke spanningsvelden daartussen.

3.3 *Institutionele aspecten*

Hoe kunnen we nu realiseren dat in de wetgeving de zojuist besproken kwaliteitscriteria ook daadwerkelijk uit de verf komen? Deze vraag zal hier kort aan de orde komen. We doelen dan op de instrumenten gericht op de verwezenlijking van het wetgevingskwaliteitsbeleid en de rol en verantwoordelijkheden van de verschillende actoren in het proces van wetgeving.

Uiteraard moet goed wetgevingsbeleid allereerst gestalte krijgen binnen de verantwoordelijke departementen; reeds vanaf het begin moeten de diverse aspecten van de kwaliteit van wetgeving voldoende aandacht krijgen. De rol en positie van de 'wetgevingsfunctie' binnen de departementen is hierbij van betekenis.²¹ De volgende punten zijn van belang: het aantal

21 Zie over de versterking van de wetgevingsfunctie ook het advies van de Raad van State en het nader rapport, *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 621, nrs. 1-2 en A.

wetgevingsambtenaren en hun deskundigheid, de organisatorische positie van de wetgevingsfunctie op de departementen en met name de relatie tot de beleidsdirecties. De secretaris-generaal van het Ministerie van VROM heeft onlangs nog gepleit voor onafhankelijke, professionele centrale wetgevingsdirecties op de departementen.²² Deze opvatting verdient ondersteuning, omdat de eigen, specifieke verantwoordelijkheid van de 'wetgevers' daardoor beter tot haar recht kan komen. De verbinding tussen beleid en wetgeving moet daarbij wel in de gaten worden gehouden. Met het oog op de mogelijke vertaling van beleid in regelgeving en de eigensoortige vragen die dat met zich brengt, is een vroegtijdige betrokkenheid van wetgevingsambtenaren bij het beleid gewenst en noodzakelijk.

De bijzondere verantwoordelijkheid van Justitie voor het algemeen wetgevingsbeleid gericht op de verbetering van de kwaliteit van de wetgeving is in het voorgaande al even genoemd. Het Directoraat-Generaal Wetgeving van Justitie, en in het bijzonder de Stafafdeling Algemeen Wetgevingsbeleid, is belast met deze taak. Uiteraard is daarbij samenwerking met in het bijzonder de wetgevingsafdelingen van de andere departementen van belang. Een van de instrumenten voor de uitvoering van deze taak is de toetsing van wetten en algemene maatregelen van bestuur door Justitie. Met het oog op de ontwikkeling van deregulering naar algemeen wetgevingsbeleid is het gewenst dat de bestaande dereguleringsstoets wordt verbreed tot een wetgevingstoets. Hierbij zal dan moeten worden getoetst aan de diverse criteria voor de kwaliteit van wetgeving. Aangezien het ondenkbaar lijkt dat Justitie in staat is om alle wetten en algemene maatregelen van bestuur integraal te toetsen, zal selectie bij de toetsing waarschijnlijk onvermijdelijk zijn. Tevens mag van Justitie een stimulerende rol worden verwacht bij de verdere ontwikkeling en uitvoering van het algemeen wetgevingsbeleid en de informatievoorziening daarover.

De werkzaamheden van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten zullen zeker moeten worden voortgezet. Door te adviseren over belangrijke wetgevingsthema's en wetgevingscomplexen en over voorontwerpen van wet kan de invloed van de Toetsingscommissie op het wetgevingsbeleid verder worden versterkt.²³ De Toetsingscommissie heeft niet alleen de taak om te wijzen op en te strijden tegen slechte wetgeving.

22 W. Lemstra, Gezwoeg in het vooronder, Ministeriële verantwoordelijkheid en de organisatorische plaats van de wetgeving bij de ministeries, *NJB* 1989, p. 1679-1681.

23 Zie ook het jaarverslag 1988-1989 van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, *Toetsing wetgevingsprojecten, Kamerstukken II* 1989-1990, 21 300 VI, nr. 7, p. 3.

Voor de ontwikkeling van het algemeen wetgevingsbeleid kan het ook van belang zijn om positieve zaken te ondersteunen.

In de ministerraad zal de Minister van Justitie een sleutelpositie moeten hebben als de kwaliteit van de wetgeving in het geding is. Dit geldt voor alle genoemde aspecten van de kwaliteit van de wetgeving, maar in het bijzonder voor de rechtmatigheid van wetten. Bijvoorbeeld kan worden gedacht aan de bevoegdheid van de Minister van Justitie om, na overleg met de Minister-President, de behandeling van wetsvoorstellen in de ministerraad te voorkomen of aan de bevoegdheid van de Minister van Justitie om opschorting van de behandeling in de ministerraad te verlangen. Een dergelijke bevoegdheid zou de Minister van Justitie moeten hebben ingeval de wetgevingstoets tot ernstige bezwaren van de kant van Justitie heeft geleid en ambtelijk en ministerieel overleg tussen Justitie en het betrokken ministerie niet tot overeenstemming hebben geleid.

De Raad van State heeft als hoogste en laatste adviesorgaan een belangrijke positie in het proces van wetgeving. In zijn adviezen over voorstellen van wet en van algemene maatregel van bestuur pleegt de Raad van State in het bijzonder te letten op aspecten van rechtmatigheid en doelmatigheid, de samenhang en consistentie binnen en tussen regelingen en ook op wetstechnische zaken. Er moet worden gezocht naar mogelijkheden om de functie van wetgevingsadviseur van de Raad van State nog verder te versterken.

Aan het slot van het wetgevingsproces komen we bij de rol van de Tweede en Eerste Kamer. De uitdrukking 'last but not least' is hier bij uitstek op haar plaats. De politieke belangstelling voor de kwaliteit van de wetgeving is van cruciaal belang. In het verleden heeft het daaraan echter nogal eens geschort. Toch heeft het parlement als medewetgever een grote, met de regering gedeelde verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de wetgeving. Konijnenbelt heeft onlangs weer gepleit voor het instellen van een vaste commissie voor de wetgeving van de Tweede Kamer.²⁴ In de huidige situatie worden de te behandelen wetsvoorstellen voornamelijk bekeken door de fractiespecialisten in de vaste kamercommissies. Het gevaar is dan groot dat de wetsvoorstellen primair en wellicht zelfs uitsluitend worden gezien tegen de achtergrond van de desbetreffende beleidsoptiek. De gedachte om het voorbereidende onderzoek van wetsvoorstellen te laten plaatsvinden door zowel de vaste commissie voor het desbetreffende beleidsterrein als de vaste commissie voor de wetgeving is de moeite van

24 W. Konijnenbelt, Het parlement als wetgever, in: M.M. de Boer e.a. (red.), *Gegeven de Grondwet* (CZW-bundel), Deventer 1988, p. 131-143.

het overwegen waard. Daarbij moet echter worden voorkomen dat dit leidt tot vertraging bij de voorbereiding.

Over de rol van de Eerste Kamer en haar positie bij de behandeling van wetsvoorstellen is recentelijk nog veel opschudding ontstaan. Het eisen van meer tijd voor de zorgvuldige behandeling van wetsvoorstellen (AAW en verhoging van het huurwaardeforfait) heeft geleid tot een aanvaring met het kabinet Lubbers-Kok.²⁵ Traditioneel heeft de Eerste Kamer een wezenlijke rol bij de beoordeling van de kwaliteit van wetgeving. Een meer afstandelijke, minder politieke benadering kan leiden tot een zorgvuldige beoordeling van de kwaliteit van wetten (bijvoorbeeld op aspecten van rechtmatigheid). Anderzijds heeft de Eerste Kamer minder mogelijkheden dan de Tweede Kamer: het recht van amendement komt haar niet toe en er bestaat een ongeschreven plicht tot politieke terughoudendheid.²⁶ In discussie is de mogelijkheid van de invoering van een terugzendrecht voor de Eerste Kamer bij de behandeling van wetsvoorstellen. Dit idee houdt in dat de meerderheid van de Eerste Kamer een wetsvoorstel kan terugzenden naar de Tweede Kamer, die het dan vervolgens met een gekwalificeerde meerderheid moet aannemen. Het bezwaar van het toekennen van deze bevoegdheid aan de Eerste Kamer is dat het kan leiden tot patstellingen bij de behandeling van wetsvoorstellen, omdat gekwalificeerde meerderheden in de Tweede Kamer politiek onhaalbaar kunnen blijken. Tevens is het de vraag of het terugzendrecht past binnen de ongeschreven plicht tot politieke terughoudendheid van de Eerste Kamer.

Met de bovenstaande, korte bespreking van de rol en positie van diverse belangrijke actoren in het proces van wetgeving is het een en ander opgemerkt over de instrumenten en de vormgeving van het algemeen wetgevingsbeleid. Ter afsluiting van deze paragraaf wordt nog gewezen op het belang van de opleiding en vorming van wetgevingsambtenaren met een breed perspectief, de ontwikkeling van algemene Aanwijzingen voor de regelgeving en het belang van evaluatie van wetgeving.

4 Slotopmerkingen

In dit hoofdstuk stond de ontwikkeling van deregulering naar algemeen wetgevingsbeleid centraal. Het algemeen wetgevingsbeleid gericht op de — verbetering van — kwaliteit van de wetgeving kan worden beschouwd

25 Zie hierover H. R. B. M. Kummeling, *De Eerste Kamer: Chambre de Révolution?*, *NJB* 1990, p. 261-268.

26 Vergelijk Kummeling, *i.a.p.*

als een verbreding van het dereguleringsbeleid. In het kader van het algemeen wetgevingsbeleid wordt de aandacht gericht op alle relevante aspecten van de kwaliteit van wetgeving; het vraagstuk van de noodzaak van regulering en deregulering is daarbij zeker van belang.

Bij de bespreking van de notie algemeen wetgevingsbeleid is een onderscheid gemaakt tussen de inhoudelijke en de institutionele kant van dat beleid. Bij de inhoudelijke dimensie van het algemeen wetgevingsbeleid gaat het vooral om de diverse criteria die van belang zijn voor de kwaliteit van wetgeving. Achtereenvolgens kwamen de volgende kwaliteitscriteria aan de orde: rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid, proportionaliteit en subsidiariteit, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, onderlinge afstemming en eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Goede wetgeving kenmerkt zich door het feit dat voldaan wordt aan deze verschillende kwaliteitscriteria en door het evenwicht dat is bereikt tussen de diverse aspecten.

De institutionele kant van het algemeen wetgevingsbeleid heeft betrekking op de instrumenten en de uitvoering van het beleid. In dat verband is ingegaan op de rol van verschillende actoren in het proces van wetgeving. Besproken werd de rol van de departementen en in het bijzonder van de wetgevingsafdelingen daarbinnen, de bijzondere positie van (de Minister van) Justitie, de betekenis van het werk van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, de positie van de Raad van State en tenslotte de gang van zaken in de Tweede en Eerste Kamer.

Welke factoren zijn nu vooral van belang als het gaat om het verder ontwikkelen en het slagen van het algemeen wetgevingsbeleid? Allereerst moet het thema algemeen wetgevingsbeleid gericht op de kwaliteit van de wetgeving op de politieke agenda — blijven — staan. Verder kan worden gewezen op het belang van de volgende zaken: het verder uitwerken en operationaliseren van de diverse aspecten van de kwaliteit van wetgeving en de verhouding daartussen, de versterking van de positie van de ‘wetgevers’ op de beleidsdepartementen, de coördinerende en stimulerende rol van Justitie, de rol van de Raad van State en voldoende aandacht voor de kwaliteit van wetgeving bij de voorbereiding en behandeling van wetsvoorstellen in het parlement.

Als we dit geheel overzien dat moet worden vastgesteld dat essentieel is dat wetgeving wordt benaderd vanuit een algemene, professionele optiek om aldus voldoende tegenwicht te kunnen bieden tegen de benadering van wetgeving op grond van specifieke sectorbelangen.



Deel IV

Wetgeving en samenleving

Wetgeving en zelfregulering*

1 Inleiding

Onze geijkte patronen van wetgeving staan ter discussie. De met name voor het bestuursrecht kenmerkende wijze van wetgeving, waarin wordt gewerkt met algemene verboden en verplichtingen, vergunningenstelsels, planstelsels en subsidiestelsels, blijkt tal van problemen te veroorzaken. De achterliggende gedachte bij dergelijke wetgeving is dat de overheid de gedragsnormen stelt, in wetgeving en via delegatie en attributie van bevoegdheden in lagere regelgeving en uiteindelijk in beschikkingen, en dat de rechtsgenoten zich daaraan conformeren. Organen van de overheid zijn belast met de uitvoering van en de controle op de naleving van de normen en in geval van overtreding van die normen staan publiekrechtelijke handhavingsmogelijkheden open. In paragraaf 2 van dit hoofdstuk zal kort worden ingegaan op de problemen die zijn verbonden aan dergelijke wetgeving.

Het doel van dit hoofdstuk is te bekijken welke de mogelijkheden en beperkingen zijn van zelfregulering door actoren c.q. maatschappelijke organisaties in bepaalde sectoren. In het bijzonder zal deze vraag worden toegespitst op de verhouding tussen overheidsregulering en zelfregulering en de mogelijkheden van aansluiting tussen beide wijzen van regulering.¹ Hierbij wordt de gedachte van zelfregulering niet in eerste instantie beschouwd als maatschappelijk of politiek ideaalbeeld, als doel op zichzelf, maar als een mogelijk alternatief voor de op dit moment dominante wijze van regulering.

De opzet van het vervolg van dit hoofdstuk ziet er als volgt uit. Na een korte beschrijving van de problemen met de bestaande wetgeving

* De inhoud van dit hoofdstuk is eerder gepubliceerd in H.A.M. Backx e.a., *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle 1990, p. 31-43.

1 In zijn bijdrage aan het symposium 'Van overheidsregulering naar zelfregulering', dat op 21 december 1988 werd georganiseerd ter gelegenheid van het verschijnen van het eerste jaarverslag van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (Toetsing wetgevingsprojecten, *Kamersstukken II* 1988-1989, 20 800, hfdst. VI, nr. 13), sprak E.M.H. Hirsch Ballin als voorzitter van de Toetsingscommissie ook over dit onderwerp. Hij stelde vast dat het bij de herijking van de rol van de wetgever vooral gaat om de verbetering van de kwaliteit van de wetgeving in de relatie overheid - samenleving. Zie voor het verslag van dit symposium A.W.M. Bijloos, *NJB* 1989, p. 423-425.

(paragraaf 2) wordt in paragraaf 3 aandacht besteed aan analyses van die problemen en gedachten over remedies vanuit bestuurswetenschappelijke optiek. Vervolgens komen in paragraaf 4 de juridische eisen ten aanzien van het wetgevingsbeleid aan de orde. In paragraaf 5 zal de verhouding overheidsregulering-zelfregulering worden besproken in het licht van een bestuurlijk en rechtsstatelijk verantwoord wetgevingsbeleid. In paragraaf 6 worden twee voorbeelden uit de wetgevende praktijk belicht: de Wet persoonsregistraties en het wetsvoorstel inzake medische experimenten. Ter afsluiting volgt een paragraaf 7 met de samenvatting en conclusies.

2 Problemen van wetgeving

De problemen die mede het gevolg zijn van het overmatige gebruik van de hierboven beschreven ‘klassieke’ wijzen van wet- en regelgeving zijn uitgebreid beschreven in diverse rapporten, adviezen en andere publikaties. In haar eindbericht *Deregulering van overheidsregelingen* signaleert de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen² de volgende maatschappelijke gevolgen van de voortschrijdende regelverdriching:

- de wettelijke regelingen zijn onvoldoende op elkaar afgestemd, waardoor zij in het maatschappelijk verkeer verwarring en storing veroorzaken;
- de wettelijke regelingen die een correctie en beïnvloeding van de maatschappelijke handelingspraktijk beogen, kunnen de zelfcoördinerende werking van die praktijk ontregelen en verstoren (dit niet-beoogde neveneffect heeft zich vooral in de sociaal-economische sfeer, in het bijzonder bij de vermogensoverdrachten aan bedrijven, de inkomensvorming en bij de werking van de woning- en arbeidsmarkt voorgedaan);
- de wettelijke regelingen brengen als niet-beoogde neveneffecten externe beleidslasten mee, die bijzonder verstorend kunnen werken wanneer zij onevenredig over en binnen bepaalde groepen burgers en ondernemingen worden gespreid;
- de wettelijke regelingen zijn ondoorzichtig en onoverzichtelijk waardoor zij een onbetrouwbaar kompas voor de maatschappelijke besluitvorming

2 Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen, *Deregulering van overheidsregelingen*, *Kamerstukken II* 1983-1984, 17 931, nr. 9, p. 16. Dit eindbericht kan worden beschouwd als een vervolg op het rapport L.A. Geelhoed, *De interveniërende staat*, 's-Gravenhage 1983.

- vormen en aanleiding geven tot ontduikings- en ontwikkelingsverschijnselen, met alle maatschappelijke verstoringen van dien;
- wettelijke regelingen, die oorspronkelijk ter aanvulling op de uitkomsten van de maatschappelijke besluitvorming werden uitgevaardigd, hebben de vraag naar verder ingrijpen opgeroepen, waardoor aanvankelijk vooral in de particuliere sfeer plaatsvindende activiteiten geleidelijk geheel of ten dele binnen de publieke sfeer werden gebracht (dit verschijnsel van voortdurend opschuivend overheidsbeleid is zichtbaar in de bouwsector en in sommige delen van de welzijnssector);
 - op wettelijke regelingen berustende overheidsinterventies om bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen te beïnvloeden hebben averechtse gevolgen, omdat de veronderstellingen waarop het overheidsbeleid berust in de maatschappelijke werkelijkheid achterhaald zijn (de in het beleid bekende verschillen tussen prognoses en de zich naderhand voordoende ontwikkelingen) of omdat de besluitvorming in de publieke sfeer geen gelijke tred kan houden met de ontwikkelingen in de particuliere sfeer.

De overregulering, die het gevolg is van de vloed aan wet- en regelgeving, heeft aldus geleid tot problemen met de uitvoering en handhaving van de regels en mede daardoor tot een gebrek aan effectiviteit en efficiëntie. De problematiek van de handhaving van de regelgeving en de samenhang tussen het type wetgeving en de doelstellingen daarvan met de wijze van handhaving komt uitvoerig aan de orde in het rapport *Rechtshandhaving* van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid.³ Een van de conclusies is dat de moeilijkheden die zich in toenemende mate blijken voor te doen met de naleving, toepassing en handhaving van de regels in het bijzonder tot uitdrukking komen bij de instrumentele beleidswetgeving.⁴ De aansluiting bij het rechtsbewustzijn van de rechtsgenoten is hierbij niet of slechts in beperkte mate aanwezig en kan daarom geen stimulans bieden voor het gewenste, normconforme gedrag.

Een afzonderlijk probleem is nog dat wet- en regelgeving tekortkomingen vertonen ten aanzien van de juridische, rechtsstatelijke kwaliteit, in die zin dat ze in strijd komen met hogere regelingen of met fundamentele, algemene rechtsbeginselen. Dat dit zich voordoet bij lagere regelingen is wellicht niet zo verwonderlijk; echter ook de met vele waarborgen omgeven formele wetsprocedure blijkt niet in alle gevallen een garantie te bieden voor de

3 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rechtshandhaving*, Rapporten aan de regering, nr. 35, 's-Gravenhage, 1988. Zie voor het belang van de handhaving van wettelijke regels ook de voordracht van G.J. van Dinter, gepubliceerd in de *Stcrt.* 206 van 23 oktober 1989.

4 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *a.w.*, p. 45 e.v.

rechtsstatelijke kwaliteit van de wetgeving. De Hoge Raad concludeerde in het Harmonisatiewet-arrest (HR, 14 april 1989, *NJ* 1989, 469, met noot van M. Scheltema en *AA* 1989, 6, met artikel van E.M.H. Hirsch Ballin, p. 578-592) dat de bestreden bepalingen van de zogenaamde Harmonisatiewet (Wet van 7 juli 1988, *Stb.* 334) in strijd kwamen met gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken studenten en derhalve met het rechtszekerheidsbeginsel. Dat de Hoge Raad het niet zijn taak acht om de toetsing van wetgeving in formele zin aan rechtsbeginselen te introduceren in ons rechtsstelsel doet niet af aan de inhoud van het gegeven oordeel.

3 Oorzaken en remedies: de bestuurswetenschappelijke optiek

Vanuit bestuurswetenschappelijke en rechtssociologische kant worden de problemen met wet- en regelgeving wel verklaard vanuit het gebrek aan aansluiting op waarden, normen, doelstellingen en verwachtingen in maatschappelijke subsystemen. De gedachte dat de overheid door het stellen van regels op eenvoudige wijze het gedrag van burgers in maatschappelijke verbanden kan sturen c.q. beïnvloeden berust op een overschatting van de positie van de overheid in de samenleving. Sectoren in de samenleving zijn maar beperkt en moeizaam doordringbaar met stuursignalen van buiten. Snellen heeft het in zijn Tilburgse oratie als volgt uitgedrukt: 'Wij moeten af van de gedachte dat de overheid de centrale sturingsinstantie van de samenleving is. De verhouding van overheid tot samenleving is er niet een van besturend orgaan tot bestuurd systeem, als besturend subject tot bestuurd object. Beleidvoeren is dan ook niet het afgeven van stuursignalen en stuurimpulsen aan een sector van de samenleving of een organisatie daarin als object van sturing. In plaats van de subject-object verhouding moet een subject-subject verhouding tussen overheid en samenleving worden gesteld. Sturing door de overheid en zelfsturing van sectoren en organisaties in de samenleving grijpen op elkaar in. De zelfsturing in de samenleving is daarbij primair, de sturing van de overheid secundair'.⁵

Van gelijke strekking zijn de opvattingen van Enschede over de meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels. Vanuit een juridisch perspectief komt hij tot de conclusie dat politici en juristen er verstandig aan doen om, bij hun zorg voor de voortgang van het recht, niet alleen

5 I.Th.M. Snellen, *Boeiend en geboeid*, Alphen aan den Rijn 1987, p. 18.

te denken in termen van afzonderlijke regels binnen een systeem, maar ook in termen van relaties tussen normstelsels.⁶

Dergelijke uitgangspunten zijn uiteraard van belang bij de beantwoording van de vraag welke wijzen van regulering in aanmerking komen en passend zijn bij de beïnvloeding van maatschappelijke processen. De overheid moet uitgaande van haar verantwoordelijkheid en gelet op de eigenaardigheden van de betreffende problematiek aansluiting zoeken bij de kenmerken van het maatschappelijke subsysteem waarin de problematiek zich voordoet. Dit impliceert dat een zorgvuldige analyse moet worden gemaakt van de structurele en culturele kenmerken van de betreffende sector. Het gaat dan onder meer om vragen als: welke relevante actoren kunnen we onderscheiden; wat zijn hun posities en hoe verhouden die zich tot elkaar; wat zijn de waarden, normen, doelstellingen en verwachtingen van die actoren in het maatschappelijke subsysteem? Bovendien moet het bestaande beleid en de geldende regelgeving worden bekeken en moet worden onderzocht welke problemen zich daar voordoen. Bij de traditionele vormen van sturing en de daaruit resulterende wet- en regelgeving werd vaak onvoldoende rekening gehouden met de zojuist genoemde factoren.

Teubner heeft de aandacht gevestigd op de mogelijkheden van reflexieve rationaliteit en reflexief recht. Bij de overheidsregulering staan niet de uitkomsten van sociale processen en het overnemen van de verantwoordelijkheid daarvoor centraal, maar de ondersteuning, institutionalisering en beïnvloeding van zelfregulerende mechanismen. 'Here, legal attention focuses on creating, shaping, correcting, and redesigning social institutions that function as self-regulating systems. Legal norms should produce a 'harmonious fit' between institutional structures and social structures rather than influence the social structures themselves. Instead of giving substantive guidance to behavior, these norms are directed toward organization, procedure and competence. Instead of taking over responsibility for concrete social results, the law is restricted to structuring mechanisms for self-regulation such as negotiation, decentralization, planning and organized conflict'.⁷ In de Nederlandse literatuur heeft Snellen gepleit voor het gebruik van nieuwe vormen van interactieve sturing.⁸

6 Ch.J. Enschede, *Over de meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels*, Mededelingen van de KNAW, Afdeling Letterkunde, deel 47, no.5, 1984, p. 140.

7 G. Teubner, Substantive and reflexive elements in modern law, *Law & Society Review* 1983, p. 251.

8 Snellen, *a.w.*, p. 21 e.v., zie ook zijn bijdrage Nieuwe vormen van sturing, in: W. Derksen e.a. (red.), *De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, Zwolle 1989, p. 289 e.v. Ook bij J.G.P. Rieken, *Bestuur en organisatie in sociale zekerheid en arbeidsvoorzie-*

4 Juridische eisen ten aanzien van het wetgevingsbeleid

In deze paragraaf wordt ingegaan op de juridische eisen die in een democratische en sociale rechtsstaat als de onze aan het wetgevingsbeleid kunnen en moeten worden gesteld. Het primaat van de wet en de wetgever in formele zin is daarbij een wezenlijk uitgangspunt. Als het gaat om ingrepen in de vrijheid en eigendom van de burger vereist het (traditionele) legaliteitsbeginsel een grondslag in de wet. Bovendien eist de herziene Grondwet voor tal van aanspraken van burgers, ter invulling van sociale grondrechten (basisonderwijs, rechtshulp, sociale zekerheid), een wettelijke regeling. Ook ten aanzien van ander begunstigend overheidsoptreden, het subsidiëringsbeleid, wordt wettelijke regeling wenselijk geacht.⁹ De Commissie Wetgevingsvraagstukken heeft in haar eindrapport *Orde in de regelgeving* gesteld dat uit het beginsel van het primaat van de wetgever een algemene norm kan worden afgeleid, die inhoudt dat de wet tenminste zowel de reikwijdte, de structurele elementen als de voornaamste duurzame normen behoort te bevatten.¹⁰ In het kabinetsstandpunt ter zake wordt opgemerkt dat de wetgever de hoofdlijnen van het beleid zelf in de regels moet neerleggen. Dit impliceert dat duidelijkheid verschaft moet worden over het bereik van de regeling, de normen die de wetgever wenselijk acht, over de toepassing en handhaving van die normen en over de institutionele voorzieningen die de wetgever wenselijk oordeelt.¹¹

Naast de eisen die uit de Grondwet voortvloeien heeft de wetgever te maken met de voorwaarden die volgen uit het gemeenschapsrecht en het internationale recht. De Europese dimensie van het wetgevingsbeleid wordt steeds belangrijker; de ruimte voor de nationale regelgevers wordt hierdoor beperkt en bovendien dwingt het hen om in bepaalde sectoren met regelgeving te komen ter implementatie van communautaire regelgeving.

Andere relevante juridische eisen ten aanzien van het wetgevingsbeleid en de uitwerking daarvan hebben betrekking op de rechtszekerheid van de rechtsgenoten, die tot uitdrukking behoort te komen in duidelijke en consistente normstelling, en op het bieden van de mogelijkheid van een adequate rechtsbescherming tegen de besluiten die op grond van die wet-

ning, Sociale zekerheidsreeks nr. 11, Deventer 1985.

9 Zie bij E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn 1989, p. 53 e.v.

10 Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, 's-Gravenhage 1985, p. 43 en 44. Zie ook de hoofdstukken 4 en 5 van dit boek.

11 *Kamerstukken II 1986-1987*, 20 038, nrs. 1 en 2, p. 6. Over het kabinetsstandpunt ten aanzien van 'Orde in de regelgeving' ook hoofdstuk 5 van dit boek.

en regelgeving worden genomen. In de volgende paragraaf zal worden bekeken welke gevolgen de hier genoemde juridische eisen die moeten worden gesteld aan het wetgevingsbeleid met zich brengen voor de mogelijkheden van het gebruik van zelfregulering.

5 Zelfregulering binnen een bestuurlijk en rechtsstatelijk verantwoord wetgevingsbeleid

Een goed wetgevingsbeleid richt zich zowel op bestuurlijke als op juridische desiderata en probeert deze zo goed als mogelijk in zich te verenigen. De vraag is dan wat de ruimte daarbinnen is voor (toenemende) zelfregulering en welke gevolgen dat met zich brengt voor de verhouding tussen overheidsregulering en zelfregulering. In het eerste jaarverslag van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten¹² werd in dit verband opgemerkt, dat de centrale overheid (primair in de positie van de wetgever in formele zin, Ph.E.) zich zoveel mogelijk dient te beperken tot het scheppen van de noodzakelijke randvoorwaarden, het stellen van minimum-eisen, het ondersteunen van maatschappelijke processen door het verzekeren van institutionele en materiële voorwaarden en het waken tegen ongewenste of ontoereikende resultaten. Daaraan werd toegevoegd dat dit een overheid veronderstelt die, in plaats van eenzijdig en direct in te grijpen, meer indirect en interactief met de samenleving zijn beleid realiseert. Een voorwaarde hiervoor is wel dat de maatschappelijke belangen die in het geding zijn in de samenleving voldoende en voldoende gelijkwaardig georganiseerd zijn. Tevens moet bij de overheid en bij belanghebbenden de bereidheid bestaan om de traditionele vormen van overheidsregulering ter discussie te stellen.

Alvorens nader in te gaan op de verhouding tussen wetgeving en zelfregulering is het gewenst nader in te gaan op het begrip zelfregulering, bestaande vormen van zelfregulering in ons rechtstelsel en de voor- en nadelen ervan. We kunnen het begrip zelfregulering een beperkte invulling geven door het te omschrijven als algemene regelgeving door belangengroepen of maatschappelijke organisaties. Een ruimere invulling krijgen we als aansluiting wordt gezocht bij de diverse aspecten van de reguleringsketen: regelgeving, uitvoering, controle en handhaving. Van zelfregulering kan dan al worden gesproken als belangengroepen c.q. maatschappelijke organisaties een bepaalde verantwoordelijkheid toekomt in het kader van

¹² *Kamerstukken II 1988-1989, 20 800, hfdst. VI, nr. 13, p. 7.*

een van de genoemde aspecten van regulering. Als we deze invulling aanvaarden, valt onmiddellijk in te zien dat de mate van zelfregulering kan verschillen; van zelfregulering 'pur sang' kan worden gesproken in het geval dat de belangengroepen of organisaties geheel zelf verantwoordelijk zijn voor enerzijds de regelgeving op een bepaald gebied en anderzijds de uitvoering, de controle en de handhaving ervan. Bij pure overheidsregulering berusten alle verantwoordelijkheden bij organen van de overheid. Uiteraard betekent dit dat tal van tussenvormen mogelijk en denkbaar zijn.¹³ In het vervolg van deze bijdrage wordt het begrip zelfregulering in deze ruime zin opgevat.

Op sociaal-economisch terrein kennen we al sinds lange tijd vormen van zelfregulering.¹⁴ We kunnen wijzen op het mededingingsrecht; privaatrechtelijke besluiten en overeenkomsten met betrekking tot mededinging kunnen op basis van de Wet economische mededinging (on)verbindend worden verklaard.

Ook in het arbeidsrecht treffen we vormen van zelfregulering. Een voorbeeld in dit verband is de SER Fusie Code. De consumentenbescherming is een derde terrein waarop zich vormen van zelfregulering hebben ontwikkeld. Algemene afspraken met betrekking tot de precontractuele en contractuele verhoudingen met de daarbij ingevoerde geschillenregelingen bestaan al tientallen jaren.

Als mogelijke voordelen van zelfregulering kunnen worden genoemd de flexibiliteit, de uitvoeringsgerichtheid en de nalevingsbereidheid.¹⁵ De achterliggende gedachte is dat door de aansluiting bij de structurele en culturele kenmerken van de betreffende sectoren¹⁶ de uitvoeringsgerichtheid en de bereidheid tot naleving, mede als gevolg van de toegenomen legitimatie, kunnen worden vergroot. Uiteindelijk kan dit leiden tot een grotere effectiviteit van de regulering. Een bijkomend voordeel is dat de belasting van de wetgever, het bestuur en de rechter zal afnemen. De nadelen van zelfregulering 'pur sang' liggen op het vlak van de kenbaarheid

13 Vergelijk B. de Vroom, Zelfregulering, in: W. Derksen e.a. (red.), *De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, Zwolle 1989, p. 269.

14 Zie ook bij G. Hagoort (red.), *Zelfregulering, een alternatief voor wetgeving?*, verslag van een studieconferentie gehouden op 4 december 1987, Utrecht 1988, p. 6.

15 Vergelijk J.M. Polak, Aanwijzingen voor zelfregulering?, in: J.G. Steenbeek e.a. (red.), *Bestuur en norm* (Crinice Le Roy-bundel), Deventer, 1986, p. 218 en B. de Vroom, a.w., p. 268 en 269.

16 Voor de uitwerking hiervan kan worden verwezen naar de inhoud van paragraaf 3 (Oorzaken en remedies: de bestuurswetenschappelijke optiek).

en duidelijkheid van de regels, de controle op en de handhaving van de regels en de rechtsbescherming.

De genoemde voor- en nadelen van zelfregulering ten opzichte van overheidsregulering moeten wel worden gerelativeerd. Om een tweetal punten van relativering te noemen: concretisering en acceptatie van normen zullen wellicht bij zelfregulering eerder plaatsvinden. Echter, ook maatschappelijke organisaties hebben te maken met legitimiteitsproblemen. De representativiteit van en de democratische besluitvorming in dergelijke organisaties zijn hierbij van belang.¹⁷ De controle op en de handhaving van regels van belangengroepen c.q. maatschappelijke organisaties kunnen problemen met zich brengen. Dat dergelijke problemen zich ook bij overheidsregulering voordoen is genoegzaam bekend.

We komen dan bij de centrale vraag naar de toepassingsmogelijkheden van vormen van zelfregulering op gebieden waar publieke verantwoordelijkheden, taken en belangen in het geding zijn. Overheidsregulering mag dan vaak niet ontbreken; omdat er grondrechten van burgers aan de orde zijn, omdat er anderszins fundamentele waarden en belangen in het geding zijn of omdat internationale verplichtingen nopen tot regelgeving ter zake. Met het oog op de gelijke behandeling, de rechtszekerheid en de rechtsbescherming van burgers mag wetgeving niet ontbreken. Impliceert dit dat vormen van zelfregulering hier niet gebruikt kunnen worden? Dat is niet het geval; combinaties van overheidsregulering en zelfregulering zijn heel wel denkbaar en mogelijk. Zelfregulering vindt dan plaats in het kader van een bestuurlijk en rechtsstatelijk verantwoord wetgevingsbeleid. Het gaat erom het juiste evenwicht te vinden tussen overheidsregulering als uitdrukking van overheidsverantwoordelijkheid en zelfregulering door actoren en maatschappelijke organisaties binnen dat kader.

We moeten ons dus niet de vraag stellen of we wetgeving óf zelfregulering moeten hebben. Het gaat om wetgeving én zelfregulering en de relatie tussen beide. Aldus komen we tot het concept van de wettelijk gestructureerde en genormeerde zelfregulering. In de volgende paragraaf worden twee voorbeelden van dergelijke wetgeving besproken.

17 Dit is een belangrijk aandachtspunt, dat bijvoorbeeld bij het sluiten van convenanten problemen kan opleveren. Zie ook P.C. Gilhuis, *Milieurecht op weg naar de jaren negentig*, Zwolle 1989, p. 26 en J. Hommes en P.W.M. Smit, *Milieuconvenanten en de schijn van partnership*, *Bestuur* 1989, p. 278-281.

6 Wettelijk gestructureerde en genormeerde zelfregulering: de Wet persoonsregistraties en het wetsvoorstel inzake medische experimenten

De Wet persoonsregistraties (*Stb.* 1988, 665) stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer met betrekking tot persoonsregistraties en geeft uitvoering aan het bepaalde in artikel 10, tweede en derde lid van de Grondwet. De wet biedt de mogelijkheid aan organisaties om zelf een zogenaamde gedragscode vast te stellen. Daarbij gaat het om een besluit van een of meer organisaties, representatief voor de sector waarop het besluit betrekking heeft, houdende in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer gestelde regels of gedane aanbevelingen ten aanzien van persoonsregistraties (artikel 1). Organisaties die een gedragscode hebben vastgesteld kunnen de Registratiekamer verzoeken te verklaren dat de code naar haar oordeel in overeenstemming is met het bepaalde bij of krachtens de wet en voldoet aan redelijkerwijs ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van geregistreerden te stellen eisen (artikel 15, eerste lid). De Registratiekamer heeft onder meer tot taak om in algemene zin toe te zien op de uitvoering van de Wet persoonsregistraties (artikel 37, tweede lid).

Naast dit aspect van zelfregulering in de regelgeving en de controle daarop berust de Wet persoonsregistraties ook bij de handhaving in belangrijke mate op het initiatief van de burger. In de wet is primair gekozen voor civielrechtelijke sanctionering; de bestaande mogelijkheden daartoe zijn uitgebreid met het bepaalde in de artikelen 9 en 10. De geregistreerde kan ook vergoeding krijgen van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. De houder kan worden aangesproken voor alle schade die het gevolg is van het niet-nakomen van de wet in verband met zijn registratie. Aan de rechter kan tevens een verbod tot voortzetting of herhaling van onrechtmatig gedrag worden gevraagd. Tenslotte kunnen ook rechtspersonen, die krachtens hun doelstellingen en blijkens de feitelijke werkzaamheden de belangen behartigen van de geregistreerden, vorderingen instellen bij de burgerlijke rechter.

De Wet persoonsregistraties bevat naast deze elementen van zelfregulering tal van materiële normen die ten aanzien van persoonsregistraties in acht moeten worden genomen. Bovendien kunnen bij algemene maatregel van bestuur na verloop van drie jaren nadere regels worden gesteld als de zelfregulering achterwege is gebleven of tekort schiet (artikel 16).

Een mooi voorbeeld van gecombineerde overheidsregulering en zelfregulering treffen we ook in het voorstel van een Wet inzake medische

experimenten. Het is evident dat er bij de regulering van de medische experimenten met mensen als proefpersonen fundamentele waarden en belangen in het geding zijn.¹⁸ Dit impliceert dat overheidsregulering gewenst is en ook niet gemist kan worden. Tevens is het van belang dat bij een dergelijke materie, waarbij het gaat om het gedrag van tamelijk autonoom opererende professionals in een experimentele, wetenschappelijke context, ruimte wordt gelaten voor zelfregulering.

Met het wetsvoorstel wordt een wettelijk kader voor zelfregulering door beroepsgeenoten en deskundigen geboden, waarbij men getracht heeft een verantwoord evenwicht te vinden in de verhouding overheidsregulering - zelfregulering.

De hoofdlijnen van het wetsvoorstel zijn:

- een verplichte voorafgaande advisering (mede op basis van onderzoeksprotocollen) ter zake van de beoordeling van medische experimenten door erkende medisch-ethische commissies, die bestaan uit artsen, medici en deskundigen op het terrein van de methodologie van het onderzoek en de ethiek (artikelen 3 en 17);
- instelling van een centrale commissie met een coördinerende rol bij de erkenning van medisch-ethische commissies en de voorafgaande beoordeling van experimenten (artikelen 15 tot en met 24);
- algemene materiële en procedurele regels die bij de uitvoering van een experiment in acht moeten worden genomen en die tevens normen zijn bij de voorafgaande toetsing; deze regels hebben ten doel een medisch-ethische minimumstandaard te bieden en te waarborgen dat het vereiste van toestemming van de proefpersoon op grond van deugdelijke informatie (het zogenaamde informed consent) reële inhoud krijgt (artikelen 2, 4, 6 en 7);
- een risico-aansprakelijkheid en een verzekeringsplicht voor verrichters van experimenten (artikelen 8 en 9);
- de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur verboden of regels te stellen voor bepaalde typen medische experimenten (artikel 5);
- strafrechtelijke en tuchtrechtelijke sanctionering en toezicht door de Geneeskundige Inspectie van de Volksgezondheid (artikelen 25 en 30).

18 In de considerans van het wetsvoorstel inzake medische experimenten wordt daarom ook een relatie gelegd met het bepaalde in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (resp. het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het recht op de onaantastbaarheid van het lichaam).

In het advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten inzake het concept-wetsvoorstel inzake medische experimenten¹⁹ wordt opgemerkt: '... dat bij een combinatie van zelfregulering met deze zelfregulering ondersteunende, maar ook de reikwijdte daarvan afbakenende overheidsregulering, zoals vervat in het concept-wetsvoorstel de genoemde voordelen geboekt kunnen worden en de mogelijke nadelen zoveel mogelijk vermeden. Uit een oogpunt van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid onderschrijft de Commissie het wettelijk verplicht stellen van voorafgaande toetsing van al het experimentele medische onderzoek waarbij proefpersonen betrokken zijn. Hetzelfde geldt voor het instellen van een centrale medisch-ethische commissie die een coördinerende rol kan vervullen. De Commissie acht het eveneens juist dat de wetgever enkele algemene normen geeft waaraan medische experimenten moeten worden getoetst. Op deze wijze kan de wetgever immers het tot ontwikkeling komen van medisch-ethische (professionele) normen door beroepsgenoten en deskundigen ondersteunen'.

7 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk zijn de mogelijkheden en beperkingen van het gebruik van zelfregulering besproken. Uitgangspunt daarbij was de vraag of bepaalde vormen van zelfregulering een bijdrage kunnen leveren aan de vermindering van de problemen die zijn verbonden aan de meer traditionele, bestuursrechtelijke wet- en regelgeving. Het concept zelfregulering werd in dit verband ruim opgevat: regelgeving door belangengroepen c.q. maatschappelijke organisaties of uitvoering, controle dan wel handhaving van regelgeving door belangengroepen c.q. maatschappelijke organisaties. Zelfregulering heeft al een traditie op het gebied van het mededingingsrecht, het arbeidsrecht en in de consumentenbescherming. In dit hoofdstuk ging het om de toepassingsmogelijkheden binnen gebieden waar uitdrukkelijk publieke verantwoordelijkheden, taken en belangen in het geding zijn.

Vanuit bestuurswetenschappelijke hoek worden de problemen, die zich voordoen bij onze traditionele vormen van wet- en regelgeving, wel verklaard vanuit een gebrek aan aansluiting van die regelgeving op de maatschappelijke subsystemen en onjuiste opvattingen omtrent de relatie

¹⁹ Advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten over het concept-voorstel van een wet inzake medische experimenten (CTW 89/1 - 4 januari 1989), p. 6 en 7. Zie ook het jaarverslag 1988-1989 van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 300, Hfdst. VI, nr. 7, p. 7-9.

overheid - burgers. De gedachten over remedies gaan dan in de richting van meer aansluiting bij het zelfregulerend vermogen in de samenleving. In het bijzonder door het gebruik van procedurele normering kan de zelfregulering worden ondersteund en geïnstitutionaliseerd.

Een beperking tot een dergelijke procedurele normering in de wetgeving kan op problemen stuiten op grond van de juridische eisen die aan het wetgevingsbeleid moeten worden gesteld in een democratische en sociale rechtsstaat. Grondwettelijke bepalingen en ook Europees- en internationaal-rechtelijke regels leiden er toe dat de wetgever (in formele zin) zelf op tal van terreinen de belangrijkste, duurzame normen moet vaststellen. Dit geheel over te laten aan het maatschappelijk krachtenveld is al daarom niet mogelijk. Ook de gelijke behandeling, de rechtszekerheid en de rechtsbescherming van burgers moeten worden gegarandeerd.

Dit impliceert niet dat zelfregulering geen plaats kan hebben in een bestuurlijk en rechtsstatelijk verantwoord wetgevingsbeleid. Combinaties van overheidsregulering, als uitdrukking van overheidsverantwoordelijkheid, en regulering door maatschappelijke organisaties zijn heel wel mogelijk. Via overheidsregulering kan het procedurele en materiële kader worden geboden waarbinnen vormen van zelfregulering een plaats kunnen hebben. De uitkomsten kunnen eventueel worden bewaakt door een kwaliteitstoetsing achteraf. Aldus komen we tot het concept van de wettelijk gestructureerde en genormeerde zelfregulering.

De Wet persoonsregistratie en het wetsvoorstel inzake medische experimenten bieden voorbeelden van een dergelijke wijze van regulering. Ook op andere terreinen van overheidsbeleid constateren we ontwikkelingen in de richting van gecombineerde overheids- en zelfregulering. We kunnen denken aan het onderwijsbeleid met de *Nota School op weg naar 2000* ten aanzien van het basisonderwijs, het lager beroepsonderwijs en het algemeen voortgezet en voorbereidend wetenschappelijk onderwijs en het inmiddels bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (*Kamerstukken II* 1988-1989, 21 073) wat betreft het hoger onderwijs. Kernpunten bij beide is een afstandelijker, globalere sturing door de overheid die meer ruimte laat voor zelfregulering door de instellingen. Ook bijvoorbeeld op het gebied van het milieubeleid is een, weliswaar nog voorzichtige, ontwikkeling in die richting te zien. In dit verband kan worden verwezen naar de bijdrage van P.C. Gilhuis in de bundel *Recht doen door wetgeving*.²⁰

20 P.C. Gilhuis, Milieuzorg in bedrijven, ook een zorg voor de wetgever?, in: H.A.M. Backx e.a., *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle 1990, p. 45-57.

De vraag of bepaalde vormen van zelfregulering mogelijk en wenselijk zijn en op welke wijze het juiste evenwicht tussen overheidsregulering en zelfregulering kan worden gerealiseerd is niet in algemene zin te beantwoorden. Dit is afhankelijk van de concrete onderwerpen en het betreffende beleidsterrein. Wel is het van belang om daarbinnen te zoeken naar mogelijkheden om gebruik te maken van en aan te sluiten bij het zelfregulerend vermogen van actoren en organisaties. Op deze wijze kan en moet verder worden gedacht en gewerkt aan een evenwichtige verhouding tussen overheid en samenleving in onze wetgeving.²¹

²¹ Zie ook de in noot 1 van dit hoofdstuk genoemde bijdrage van E.M.H. Hirsch Ballin aan het symposium 'Van overheidsregulering naar zelfregulering'.

Wat Teubner ons leert*

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag wat het gedachtengoed van Gunther Teubner kan betekenen voor de wetgevingspraktijk. Achtereenvolgens komen kort aan de orde: autopoïese als metafoor (paragraaf 2), Teubner en wetgevingsbeleid (paragraaf 3), de verschillende wijzen en methoden van wetgeving in de praktijk (paragraaf 4) en de noodzakelijke samenwerking bij het totstandbrengen van wetgeving (paragraaf 5).

2 Autopoïese als metafoor

Recht als autopoietisches System (1989) kan worden beschouwd als een standaardwerk van Teubner. Autopoïese wordt wel vertaald met 'zelfproductie'. De theorie van autopoïese stamt uit de biologie en betreft de relaties tussen levende systemen en organismen. De theorie zegt dat deze autonoom zijn en gericht op zelfbehoud. Dergelijke systemen zijn operationeel gesloten. Signalen van buiten worden omgevormd in termen van de functies en de structuur van het systeem zelf.

In hoeverre is deze natuurwetenschappelijke systeemtheorie te transplanteren naar de maatschappij- en geesteswetenschappen, zoals de sociale wetenschap en de rechtswetenschap? Of zoals Wilthagen zich afvraagt: Bestaat onze maatschappij uit systemen¹ die alleen nog maar gehoorzamen aan de eigen wetmatigheden?² Het antwoord op deze vraag heeft vergaande gevolgen voor de mogelijkheden en beperkingen van overheidssturing door wetgeving in de praktijk. Naar mijn oordeel is het

* De inhoud van dit hoofdstuk is eerder gepubliceerd in: N.J.H. Huls en H.D. Stout, *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 213-218.

1 Witteveen heeft in zijn bijdrage 'Schrijft de wet zichzelf?' aan de bundel *Reflecties op reflexief recht* terecht opgemerkt dat in de discussie over wetgeving verschillende soorten systemen moeten worden onderscheiden. Hij noemt: communicaties, instituties (zoals gezin, onderneming en ziekenhuis), maatschappelijke sectoren (zoals de economie, de politiek en de religie) en semi-autonome sociale velden. Zie N.J.H. Huls en H.D. Stout, *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 59.

2 Ton Wilthagen, *Intermediair* 1991, nr. 48, p. 21.

beeld niet zo somber als de theorie aangeeft. Mensen reageren, in tegenstelling tot bijvoorbeeld organen en cellen, op kennis, wetenschap en nieuwe ontwikkelingen. Ze hebben het vermogen om te leren. Dit betekent dat de biologische theorie niet zonder meer van toepassing is op de interactie tussen maatschappelijke (sub)systemen. Toch herkennen we veel in het beeld. De econoom die denkt in termen van schaarste en kosten-baten-verhoudingen, de jurist die zich baseert op rechtsbeginselen (rechtsgelijkheid, rechtszekerheid), de Grondwet en internationaal recht en de politicus die 'rekent' in stemmenwinst, partij- en verkiezingsprogramma's en regeerakkoorden. Snellen heeft het beeld opgeroepen van diverse rationaliteiten in overheidsbeleid waartussen geen vertaalsleutels bestaan.³ Huls heeft erop gewezen dat autopoiese een theorie van de waarneming is.⁴ Mensen hebben de neiging om vanuit de eigen omgeving en beleving selectief te observeren, te interpreteren en te waarderen.

In wetgeverstermen gesteld zouden we kunnen zeggen dat de theorie van autopoieses van overeenkomstige toepassing is op de sociale wetenschap en de rechtswetenschap. Dit houdt naar mijn oordeel in dat 'wetgevers' zich bij hun werk ten volle bewust moeten zijn van deze inzichten.

3 Teubner en wetgevingsbeleid

Waarom staan het werk van Teubner en daarmee vergelijkbare geschriften op dit moment zo in de belangstelling bij degenen die zich in theorie en praktijk bezig houden met overheidssturing, in het bijzonder door wetgeving? De praktijk van het overheidsbeleid, en van de wetgeving in het bijzonder, laat zien dat de analyses van Teubner op zijn minst gedeeltelijk adequaat zijn. Dit blijkt uit de problemen in de praktijk met instrumentele beleidswetgeving, die het kader biedt voor sturing via gedetailleerde, vaak moeilijk te handhaven gedragsnormen.⁵ De ambities van de wetgever blijken vaak te hoog. De gezondheidszorg, het milieu en het onderwijs laten zich niet eenvoudig besturen. Het effect van overheidssturing is in de regel veel geringer dan verwacht, terwijl de bestuurslasten aanzienlijk zijn.

3 Zie I.Th.M. Snellen, *Boeiend en geboeid*, Alphen aan den Rijn 1987.

4 Zie zijn bijdrage Reflexieve en autopoietische tendensen in de wetgevingspraktijk, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 44.

5 Vergelijk Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rechtshandhaving*, 's-Gravenhage 1988 en het beleidsplan *Zicht op wetgeving* van het kabinet Lubbers-Kok, *Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2.

Welke consequenties moeten worden getrokken uit dit 'gelijk' van Teubner? Hierover is Teubner zelf niet erg duidelijk. Zijn analyses en verklaringen spreken aan, zijn oplossingsrichtingen blijven vaag en rudimentair. Teubner pleit voor aansluiting door de wetgever bij de zelfordening van maatschappelijke sectoren. Hij spreekt over regulering van de zelfregulering. Interferentie en koppeling van elementen van organisaties is zijn devies. In de bundel *Reflecties op reflexief recht* geeft hij vier verschillende scenario's voor een dergelijke koppeling.⁶

Dergelijke concepten behoeven verdere doordenking en reflectie. Ze zijn (nog) niet geschikt om richtinggevend te zijn voor het wetgevingsbeleid. Hooguit kan op grond van deze denkbeelden een richting van denken en werken worden ontwikkeld. De uitkomsten daarvan staan echter allerminst vast. Het gedachtengoed van Teubner laat ruimte voor uiteenlopende zienswijzen omtrent het te voeren wetgevingsbeleid. Zo kan bijvoorbeeld worden gepleit voor alternatieve, meer geavanceerde vormen van overheidssturing, die berusten op een beter inzicht in het functioneren van organisaties. In deze visie blijven verantwoordelijkheid en sturingsambitie van de overheid onveranderd. Ook kan met Teubner in de hand worden gepleit voor een terugtrekkende, minder ambitieuze overheid. In de liberale visie moet deze terugtrek ten goede komen aan het individu en de markt. Christen-democraten pleiten voor een vergroting van de ruimte voor maatschappelijke organisaties, zoals ziekenhuizen, woningbouwverenigingen en onderwijsinstellingen.

Ik geloof overigens niet dat deze visies elkaar steeds uitsluiten. Aan de hand van de volgende passage over het hoger onderwijsbeleid uit een essay van de cultuursocioloog Zijdeveld kan dat worden geïllustreerd: 'De onder de vorige Minister van Onderwijs en Wetenschappen begonnen decentralisatie van het beleid moet voortgezet en versterkt worden en dient gepaard te gaan aan een grotere deregulering. Universiteiten moeten in staat gesteld worden om meer dan in de hoogtij van de verzorgingsstaat mogelijk was, zelf orde op zaken te stellen. Indien daarbij ongelijkheid tussen de universiteiten gaat optreden, kan die alleen maar toegejuicht worden. Wat Nederland in tegenstelling tot omringende Europese landen en zeker tot de Verenigde Staten mist, is een kwalitatieve hiërarchie van universitaire instellingen en bijgevolg dus een onderlinge concurrentie op het gebied van de kwaliteit. Niet alleen studenten, ook het bedrijfsleven en de bestuurlijke organen zouden moeten weten dat bepaalde faculteiten en

6 Zie de bijdrage van G.C.M. Teubner, *Reflexief recht: de kracht van niet-statelijk recht*, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 81-84.

disciplines in bepaalde universiteiten beter zijn dan in andere instellingen. Daar moeten dan in termen van studenteninstroom en contractonderzoek bepaalde financiële voordelen en dus investeringsmogelijkheden uit voortspruiten. De zogeheten 'centers of excellence' kunnen niet bureaucratisch en centralistisch vanuit het ministerie worden ingesteld. Die ontstaan vanzelf indien universiteiten decentraal, deregulistisch, met budgetfinancieringen en in onderlinge concurrentie kunnen gaan opereren'.⁷

In de visie van Zijderveld leidt meer ruimte voor de universiteiten tot profilering en concurrentie en daarmee tevens tot een vergroting van de keuzemogelijkheden voor studenten en afnemers van studenten en van onderzoek. Op deze wijze zou ook een van de centrale doelstellingen van het overheidsbeleid, te weten een hoge kwaliteit van wetenschappelijk onderwijs en onderzoek, beter gerealiseerd kunnen worden. Ik voeg hier aan toe dat de overheid, in de gedaante van de wetgever, zekere randvoorwaarden zou moeten scheppen: een vergelijkbare uitgangspositie voor de instellingen bewerkstelligen (budgetten), een minimum-niveau van onderwijs en onderzoek garanderen (inspectiefunctie) en de positie van de studenten beschermen door regels ten aanzien van openbaarheid en rechtsbescherming.

Over de Wet op het hoger en wetenschappelijk onderwijs heeft Scheele geconstateerd dat het opmerkelijk is dat universiteiten zelf grote reserves hebben tegenover de geboden vrijheden en de verscheping van de onderlinge competitie. Naar zijn oordeel berust dit op een merkwaardige ontkenning van wat feitelijk reeds gaande is: de strijd om de student.⁸ Hieraan kan worden toegevoegd dat de reserves waarschijnlijk ook zijn ingegeven door de vrees dat vergroting van de eigen verantwoordelijkheid van de universiteiten gepaard zal gaan met inkrimping van budgetten en verplaatsing van risico's. Bovendien bestaat voor de gevestigde universiteiten het gevaar dat verworven posities in het geding komen.

In het politieke debat over het gewenste wetgevingsbeleid worden de opvattingen van Teubner als argument gehanteerd. Schaap en Van Twist verdedigen de stelling dat de zelfregulering, zoals die wordt uitgedragen in rapporten van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid en van het Ministerie van Justitie, de eigen aard van het recht onvoldoende weerspiegelt.⁹ Ook in andere bijdragen over het werk van Teubner wordt deze alibifunctie centraal gesteld. Dit leidt er al gauw toe dat men, evenals

7 A.C. Zijderveld, De excentrieke universiteit, *NRC Handelsblad*, 2 november 1991, p. 8.

8 J.P. Scheele, Een zoektocht naar zelfregulering; de WHW, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 96.

9 L. Schaap en M.J.W. van Twist, Eigenaardig recht: reflexief recht of reflexrecht, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 160.

degenen die de opvattingen van Teubner slechts gebruiken als argumenten in een politiek debat, de essentie van het gedachtengoed van Teubner uit het oog verliest. Het zou jammer zijn als hierdoor de inspiratiefunctie naar de achtergrond verdwijnt.

4 De wet bestaat niet

De praktijk van de wetgeving laat zien dat *de* wet eigenlijk niet bestaat. Strafrechtelijke wetten, fiscale wetten en milieuwetten, elk hebben ze hun eigen karakteristieken, functies en problemen. Ook de bijdragen in de bundel *Reflexies op reflexief recht* illustreren dit. Pogingen om de theorie van Teubner toe te passen op het voorstel van Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, de Drank- en Horecawet, de Wet arbeid gehandicapte werknemers en de Wet persoonsregistraties leiden tot geheel eigen resultaten en conclusies.

Relatieve buitenstaanders hebben soms de neiging om wetgeving gelijk te stellen met het stellen van gedetailleerde, door straffen te handhaven gedragsnormen. Hiermee wordt dan een bepaalde wijze van wetgeving tot norm verheven en worden andere wijzen en methoden van wetgeven miskend. Ik wijs bijvoorbeeld op subsidiewetgeving en op lichte vormen van wetgeving die nog veel ruimte laten voor nadere invulling door burgers, maatschappelijke organisaties of lagere overheden. In de bijdrage aan de bundel *Reflexies op reflexief recht* van Staatssecretaris Kosto zijn onder de noemer van de wettelijk geconditioneerde zelfregulering diverse voorbeelden gegeven van dergelijke vormen van wetgeving.¹⁰

In zijn bijdrage aan dezelfde bundel heeft Witteveen opgemerkt dat het concept wettelijk geconditioneerde zelfregulering een logische tegenstrijdigheid inhoudt, die retorisch effectief is. Hij stelt: 'Bij zelfregulering is de coördinatie in handen van degenen die zichzelf reguleren en juist niet in handen van de wetgever'.¹¹ Deze zienswijze is te simpel en doet geen recht aan de diversiteit van (combinaties van) reguleringsvormen die we in de praktijk kunnen aantreffen. Met een eenvoudig voorbeeld kan worden geïllustreerd dat coördinatie van bepaald gedrag door een bepaalde groep (zelfregulering) en door de wetgever (overheidsregulering) zeer wel mogelijk is. Veronderstel dat de overheid de wederzijdse uitwisseling van informatie

10 A. Kosto, Complementaire verhoudingen bij de wetgeving, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflexies op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 21-24.

11 Witteveen, a.w., p. 58.

tussen artsen wil bevorderen, zowel met het oog op de invoering van vormen van intercollegiale toetsing in de gezondheidszorg als ter stimulering van leereffecten. Om dit doel te bereiken zou wettelijk vastgelegd kunnen worden dat artsen — op instellingsniveau — een gedragscode of reglement dienen vast te stellen, waarin de wederzijdse uitwisseling van informatie wordt geregeld. In dat geval is zowel sprake van gedragscoördinatie door de wetgever, deze verplicht de betrokkenen immers om de informatieuitwisseling te regelen, als door de betreffende groep, die kan bepalen op welke wijze en in welke vorm de wederzijdse uitwisseling van informatie zal geschieden.

Met Teubner gesproken: de wetgever reguleert de zelfregulering. In de wetgevingspraktijk treffen we tal van mengvormen tussen overheidsregulering — door wetgeving — en zelfregulering. Afhankelijk van de materie en de maatschappelijke en politieke omstandigheden ligt het accent soms bij regulering van overheidswege en in andere gevallen bij regulering door burgers en maatschappelijke organisaties.

5 Wetgeving: geen monopolie, maar samenspel

Ter afronding van dit hoofdstuk zal ik nog kort ingaan op het proces van totstandkoming van wetten. In de praktijk blijkt steeds weer dat het totstandbrengen van wetten een lastig en langdurig karwei is. Niet in de laatste plaats wordt dit veroorzaakt door het gegeven dat diverse actoren, met ieder hun eigen benadering en belangen, in het wetgevingsproces zijn betrokken: beleidsmedewerkers, wetgevingsjuristen, uitvoerders en handhavers, belangenorganisaties, bestuurders en politici.¹²

Over het aandeel dat de verschillende genoemde betrokkenen hebben en zouden moeten hebben bij de totstandkoming van een wet vindt veel discussie plaats. De inbreng van professionele wetgevingsjuristen is naar mijn mening onmisbaar. De wet moet worden ingepast in een bestaand rechtsbestel. Om deze inbedding op adequate wijze te realiseren is kennis van en inzicht in dat bestel van grote waarde.

Dit betekent echter niet dat het totstandbrengen van wetten het monopolie is van (wetgevings)juristen. Een goed samenspel tussen beleidsmedewerkers, toekomstige uitvoerende en handhavende instanties, verantwoordelijke

12 Vergelijk het redactioneel van J.H. van Kreveld, *RegelMaat* 1991, p. 35 en 36. Hij spreekt van het wetgevingskwartet en doelt daarmee op de inbreng van beleidsmedewerkers, wetgevingsjuristen, bestuurders en politici in het proces van wetgeving.

bewindslieden, kamerleden en wetgevingsjuristen is een noodzakelijke voorwaarde om kwalitatief goede wetgeving te realiseren.

Witteveen heeft de rol van de jurist in een autopoietisch rechtssysteem getypeerd als die van vertaler: tussen verschillende in de maatschappij gegeven talen (economie, politiek, recht, religie), tussen culturen binnen de maatschappij, tussen uiteindelijk niet tot elkaars termen herleidbare systemen.¹³ In zijn visie heeft de (wetgevings)jurist tot taak om een tekst te maken die in de verschillende groepen adequaat gevonden wordt. Deze typering spreekt mij aan. Ik teken daar wel bij aan dat het maken van een (wet)tekst geen doel op zichzelf mag zijn. Het komt vooral ook aan op de te verwachten effecten van de vaststelling van de (wet)tekst op de weerbarstige maatschappelijke werkelijkheid.

De verbindende functie van de wetgevingsjurist tussen verschillende rationaliteiten en belangen veronderstelt wel dat hij andere talen kan en wil verstaan en dat hij een grote mate van externe gerichtheid heeft. Teubner leert ons dat dit geen eenvoudige opgave is.

¹³ Witteveen, *a.w.*, p. 69 en 70.



Deel V

Wetgeving en politiek

De politieke dimensie van wetgeving*

1 Inleiding

Het maken van wetten wordt wel voorgesteld als een ambacht of een kunst. Wetten worden in deze voorstelling beschouwd als bouwwerken van bepalingen die onderlinge samenhang vertonen. In dit verband is ook de term architectuur van wetgeving¹ gebruikt. De wetgevingsjurist moet de eisen van de techniek en systematiek van wetgeving bewaken om aldus te komen tot duidelijke, goed toegankelijke en consistente regels.

Uiteraard is het niet voldoende dat wetten uit een oogpunt van techniek en systematiek aan de eisen voldoen. Wetten moeten vooral ook doeltreffend zijn; ze moeten het gewenste effect sorteren. De wet is succesvol als de wet maatschappelijk nuttig is. Een eis die hieruit voortvloeit, houdt in dat wetten uitvoerbaar en handhaafbaar moeten zijn. Bovendien moet worden voorkomen dat een wet onnodig ingrijpend of belastend is voor burgers en maatschappelijke organisaties. Niet in de laatste plaats is het essentieel dat een wet rechtmatig is. Wetten moeten in overeenstemming zijn met het internationaal en communautair recht, met de Grondwet en met algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel. Deze kwaliteitseisen voor het overheidsoptreden via wetgeving zijn in de nota *Zicht op wetgeving* (Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2) neergelegd en nader belicht. In *Zicht op wetgeving* heeft het kabinet een beleidsplan voor de verdere ontwikkeling en uitvoering van het algemeen wetgevingsbeleid, gericht op de verbetering van de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van het overheidsbeleid, neergelegd.²

De besluitvorming over wetgeving vindt plaats binnen politieke kaders. Een voorstel van wet wordt eerst besproken in de ministerraad en — na de advisering door de Raad van State — vervolgens in beide kamers der Staten-Generaal. Dit heeft tot gevolg dat het niet toereikend is, dat een wetsvoorstel voldoet aan de genoemde kwaliteitseisen. Er moet een politiek

* De inhoud van dit hoofdstuk is eerder gepubliceerd in *Justitiële Verkenningen*, Wetgeven en evalueren, nr. 591, juni 1991, p. 50-65.

1 De term is ontleend aan E.M.H. Hirsch Ballin, *Architectuur van wetgeving*, in: J.A.M. van Angeren e.a. (red.), *Kracht van wet* (Van Eijkern-bundel), Zwolle 1984, p. 77-96.

2 Zie hierover ook de bijdrage van J.H. van Kreveld, *De rol van Justitie in het Nederlandse wetgevingsproces*, *Justitiële Verkenningen*, nr. 591, juni 1991, p. 66-93.

draagvlak zijn voor het voorstel. Anders zal dat voorstel immers het Staatsblad niet bereiken. Dit kan soms ook ten koste gaan van de kwaliteits-eisen. Het is daarom niet voldoende dat het belang van goede wetgeving wordt ingezien op de departementen. Deze gedachte moet ook doordringen in de politieke besluitvorming over wetgeving. De kwaliteit van de wetgeving als wezenlijk element van de kwaliteit van de overheid moet een plaats hebben op de politieke agenda.

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de politieke dimensie van wetgeving. In het bijzonder gaat het daarbij om de rol van de ministerraad en de Staten-Generaal bij de behandeling en vaststelling van wetten en ook bij de evaluatie daarvan. Aan de hand van de kenmerken van de politieke besluitvorming zal worden ingegaan op de mogelijkheden en beperkingen om tot goede wetgeving te komen. Achtereenvolgens komen de volgende onderwerpen aan de orde. In paragraaf 2 wordt kort ingegaan op de relatie tussen politiek en bureaucratie. De vraag of politieke besluitvorming rationeel is, staat centraal in paragraaf 3. Vervolgens wordt nader ingegaan op een aantal kenmerken van politieke besluitvorming en de belangen die daarbij een rol spelen (paragraaf 4). Paragraaf 5 is gewijd aan de gang van zaken bij de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen. In paragraaf 6 komt de evaluatie van wetgeving aan de orde. In de afsluitende paragraaf 7 worden enkele concluderende opmerkingen gemaakt over maatschappij, politiek en wetgevingsbeleid.

2 Politiek en bureaucratie

In een beschouwing over de politieke dimensie van wetgeving mag niet worden voorbij gegaan aan de vraag wat onder politiek wordt verstaan. De beantwoording van deze prealabele vraag bepaalt immers in hoge mate het te behandelen thema. Het begrip politiek heeft uiteenlopende betekenissen. Volgens Van Dale's Groot woordenboek der Nederlandse taal kan politiek drie betekenissen hebben: het geheel van staatkundige beginselen, de handelwijze van de regering ten aanzien van een bepaald object en een manier van optreden (een tactiek). In de literatuur wordt politiek omschreven in termen van bijvoorbeeld invloed en macht, besluitvorming, conflict en cultuur.³

3 Vergelijk M.P.C.M. van Schendelen (red.), *Kernthema's van de politicologie*, Meppel/Amsterdam, Boom 1984.

Een klassieke benadering die veel navolging heeft gevonden, is die van Easton. Hij heeft het politieke systeem omschreven als 'those interactions through which values are authoritatively allocated for a society'.⁴ Deze gezaghebbende toedeling van waarden komt tot uitdrukking in de bindende beslissingen die door de daarvoor aangewezen personen of organen worden genomen.

Het begrip politiek wordt soms ook in termen van belangencompetitie opgevat. Rosenthal spreekt van bureaupolitiek, waarmee hij doelt op een systeem waarin de overheidsbureaucratie wordt opgevat als een conglomeraat van belangen, die zo sterk mogelijk worden verdedigd.⁵ Deze benadering draagt bij aan het inzicht dat er verbindingen zijn tussen het politieke circuit en de politieke besluitvorming enerzijds en het ambtelijke circuit en de besluitvorming daarbinnen anderzijds. Frissen heeft in zijn oratie in dit verband gesproken over netwerken van maatschappelijke, politieke en bureaucratische actoren.⁶

Op basis van dit laatste gezichtspunt — politiek als belangencompetitie — wordt in het vervolg van dit hoofdstuk gekeken naar de besluitvorming over wetgeving. Onderzocht wordt wat de betekenis is van de kenmerken van de politiek-bestuurlijke omgeving voor het proces van wetgeving en het resultaat daarvan: de wet.

3 Is politieke besluitvorming rationeel?

In zijn Tilburgse oratie stelt Snellen dat elk overheidsbeleid tegelijkertijd moet voldoen aan vier rationaliteiten: de politieke, de juridische, de economische en de technisch- en sociaal-wetenschappelijke rationaliteit.⁷ Deze rationaliteiten verdringen elkaar; wat vanuit het ene gezichtspunt als rationeel wordt beschouwd, wordt vanuit het andere gezichtspunt niet als zodanig gezien. Vanuit het gezichtspunt van de rechtszekerheid wordt door juristen soms gepleit voor het opnemen van overgangsbepalingen in nieuwe wetgeving, bijvoorbeeld als het gaat om de vermindering van uitkeringen of subsidies. Vanuit economisch perspectief kunnen dergelijke overgangsregels juist negatief worden beoordeeld, bijvoorbeeld omdat hierdoor een lagere bezuinigingstaakstelling wordt gerealiseerd.

4 D. Easton, *A systems Analysis of political Life*, New York 1965.

5 U. Rosenthal, *Bureaupolitiek en bureaupolitisme*, Alphen aan den Rijn 1988.

6 P.H.A. Frissen, *De versplinterde staat*, Alphen aan den Rijn 1991, p. 19.

7 I.Th.M. Snellen, *Boeiend en geboeid*, Alphen aan den Rijn 1987, p. 3-5.

In de visie van Snellen zijn genoemde rationaliteiten niet tot elkaar te leiden. Het zijn gesloten stelsels van verantwoord handelen. Tussen de vier is geen algemeen geldige rationele ordening mogelijk. Overheidsbeleid is niet mono- maar multirationeel.

Over de invulling van het begrip rationaliteit is Snellen vrij kort. Het gaat uit van criteria gericht op collectief gedrag op grond van bepaalde gezichtspunten. Hij stelt: 'Actoren richten zich op realisatie van collectieve doeleinden, die zij vanuit de betrokken gezichtspunten op grond van de informatie waarover zij beschikken, redelijk verantwoord vinden'.⁸ Kenmerkend voor politieke rationaliteit zijn: de aanpak van collectieve problemen, de gerichtheid op de bestending van eigen individuele of collectieve macht en de bereidheid tot een minimale vorm van samenwerking.

In het door Snellen geschetste beeld van de strijdende rationaliteiten in de context van het overheidsbeleid kan veel worden herkend. Het biedt een verklaringsmodel voor het verloop van zaken in het openbaar bestuur. Toch is het de vraag of het beeld helemaal juist is weergegeven. Is de politieke rationaliteit wel op een lijn te stellen met de andere drie rationaliteiten? Ik meen van niet. De politieke rationaliteit verschilt in die zin van de overige rationaliteiten dat daarbij niet gesproken kan worden van een gesloten stelsel van criteria van verantwoord handelen. In het kader van het politieke debat en de politieke besluitvorming concurreren verschillende argumentatiewijzen met elkaar, waaronder de juridische, de economische en de technisch- en sociaal-wetenschappelijke. De uitkomst van de politieke besluitvorming wordt in sommige gevallen in overwegende mate bepaald door economische argumenten, terwijl in andere gevallen bijvoorbeeld de juridische rationaliteit overheerst. Daarnaast worden het politieke debat en de uitkomst daarvan nog beïnvloed door argumenten en belangen van een andere orde. Politieke besluitvorming is rationeel in die zin dat het eigen wetmatigheden kent. In paragraaf 4 over politiek en belangenafweging wordt daar nader op ingegaan. Politici handelen binnen dat stelsel van wetmatigheden. Niet kan worden gesproken van een gesloten en sluitend stelsel van axioma's, zoals in de wetenschapsbeoefening. Het politieke systeem is een open systeem, waarin uiteenlopende waarden, belangen en argumentatiewijzen een rol spelen.

⁸ Snellen, *a.w.*, p. 2.

4 Politiek en belangenafweging

Een wezenskenmerk van ons stelsel van politieke besluitvorming is dat daarbij een veelheid van (deel)belangen een rol speelt, die tegen elkaar worden gewogen. Daar komt bij dat de verschillende belangen over het algemeen goed georganiseerd zijn in belangenorganisaties (bijvoorbeeld werkgevers- en werknemersorganisaties, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en de Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering van de Geneeskunst). De mening van deze belangenorganisaties speelt vaak een rol van betekenis bij de besluitvorming. De besluitvorming over wetgeving vindt plaats in deze politiek-bestuurlijke context.

Om beter zicht te krijgen op deze politiek-bestuurlijke omgeving en de invloed daarvan op de besluitvorming is het goed om enkele belangrijke kenmerken ervan nader te bezien. De volgende kenmerken zijn in het bijzonder van belang:

- politieke partijen strijden om de gunst van de kiezer;
- de kiezer brengt — in ieder geval — eens per vier jaar zijn stem uit, de periode van bewindsliden is (uiteraard) ook gekoppeld aan de vierjarige cyclus van verkiezingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal;
- ministeriële verantwoordelijkheid;
- partijideologieën en -programma's;
- coalitievorming en regeerakkoorden;
- sterke sectorvorming, van fractiespecialisten in commissies die sterke banden hebben met de georganiseerde belangenorganisaties op het betreffende terrein.

Wat zijn nu de gevolgen van deze kenmerken voor de besluitvorming, in het bijzonder over wetgeving? Ik noem er enkele.

De vierjarige ambtsperiode voor bewindsliden brengt onder meer met zich mee dat bewindsliden vaak geïnspireerd zijn door haast. Ministers en staatssecretarissen willen in de vier jaar tot concrete beleidsdaden en resultaten komen. Daarvoor is nieuwe wetgeving of wijziging van bestaande wetgeving vaak onontbeerlijk. Dit moet dan vooral snel gebeuren. Deze snelheid kan ten koste gaan van de zorgvuldigheid en afgewogenheid van de wetgeving. Een ander gevolg van de vierjarige cycli is de discontinuïteit in het wetgevingsproces. In periodes — vlak — voor en na verkiezingen draait de wetgevingsmachine niet snel. Bekend is dat bewindsliden in hun derde zittingsjaar willen oogsten.

Het stelsel van de verantwoordelijkheid van individuele ministers voor hun beleid en voor de kwaliteit van hun wetgeving heeft tot gevolg dat de

neiging van collega's om zich daarin te mengen niet erg groot is. Indien de zaak het beleid van de anderen niet raakt, is non-interventiegedrag uitgangspunt. Dit komt de beoordeling van beleid en wetgeving uit algemene gezichtspunten niet ten goede.

Partijprogramma's en regeerakkoorden vormen een belangrijk referentiepunt bij het nemen van beslissingen over beleid en wetgeving. De afspraken in het regeerakkoord moeten in principe worden uitgevoerd. Het komt nogal eens voor dat in het regeerakkoord afspraken worden gemaakt om tot nieuwe wetgeving of aanpassing van bestaande wetgeving te komen. Op het moment dat dergelijke afspraken worden vastgelegd is er vaak maar in beperkte mate zicht op de noodzaak tot en de gevolgen van de nieuwe wetgeving. Het bereiken van een compromis staat op dat moment voorop.

De oordeelsvorming over voorstellen tot nieuw beleid of nieuwe wetgeving vindt grotendeels plaats door de fractiespecialisten in de diverse commissies. Deze sectorspecialisten hebben veelal weer een binding met de belangenorganisaties op het betreffende terrein. Dit leidt ertoe dat de afwegingen vaak erg sectorgericht zijn. De effecten op andere terreinen en de samenhang met ander beleid worden hierbij nogal eens uit het oog verloren. Bovendien maakt deze binding het niet eenvoudig om maatregelen voor te stellen, laat staan door te voeren, die ingrijpend zijn voor de betreffende sector.

5 De parlementaire behandeling van wetsvoorstellen

Hoe verloopt nu de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen in de praktijk? Op deze vraag wordt in deze paragraaf nader ingegaan. Een belangrijke vaststelling is dat we in Nederland één uniforme wetsprocedure kennen. In deze procedure wordt de behandeling van een wetsvoorstel eerst schriftelijk voorbereid door de betreffende vaste commissie uit de kamer. Dit geschiedt zowel bij de behandeling in de Tweede Kamer als bij de behandeling in de Eerste Kamer. De schriftelijke voorbereiding gaat gepaard met vaste momenten en bijbehorende stukken: voorlopige verslagen, memories van antwoord, eindverslagen en nota's naar aanleiding van het eindverslag. Indien het voorstel voldoende is voorbereid, volgt de plenaire behandeling. De beraadslaging over een wetsvoorstel vindt in beginsel in twee gedeelten plaats: eerst algemeen en vervolgens artikelsgewijs.⁹

9 Meer informatie over de wetsprocedure kan worden gevonden in het *Draaiboek voor de wetgeving*, 's-Gravenhage 1989 en bij P.J. Boon, *Wetgeving in Nederland*, Zwolle 1986.

Deze procedure wordt gebruikt bij alle voorstellen van wet; dus zowel bij belangrijke geheel nieuwe wetgeving, als bij een wetswijziging op een ondergeschikt punt. Uiteraard verschilt de snelheid van met name de schriftelijke voorbereiding. Bij een wijziging van een wet op een ondergeschikt punt zal het verslag in de regel beperkt van omvang zijn of zelfs blanco. Toch hoeft dit niet het geval te zijn. De vraag is namelijk welke zaken van minder belang zijn. Degenen die nauw bij het onderwerp betrokken zijn, vinden zaken die een buitenstaander van ondergeschikt belang acht vaak wel belangrijk.

De inbreng bij de voorbereiding van wetsvoorstellen geschiedt door de specialisten uit de verschillende fracties en hun medewerkers. Voorlopige verslagen en eindverslagen komen tot stand door de bundeling van de diverse vragen die zijn ingebracht door de sectorspecialisten van de fracties. De parlementaire behandeling van een wetsvoorstel vindt in feite in zeer beperkte kring plaats.

Over de tijdsduur van de parlementaire behandeling van voorstellen van wet kan het volgende worden opgemerkt. Uit onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie is gebleken dat de gemiddelde behandelingsduur van wetsvoorstellen in de Tweede en Eerste Kamer in de periode tussen 1975 en 1985 op 466 dagen lag.¹⁰ Factoren die de snelheid van de parlementaire behandeling beïnvloeden zijn bijvoorbeeld: de omvang van de wet, het aantal ondertekenaars, de omvang van de regeringscoalitie en het moment van behandeling in relatie tot te houden verkiezingen.

5.1 Amendering door de Tweede Kamer

Aan de Tweede Kamer komt het recht toe om voorstellen van wet te amenderen. De vraag is welke gevolgen de uitoefening van dit recht door de kamer heeft voor de kwaliteit van de wetgeving. Er klinken nogal eens geluiden die inhouden dat de wetgeving als gevolg van amendementen tekortschiet. In het rapport van de bijzondere commissie Vraagpunten (de Commissie Deetman) wordt opgemerkt dat amenderingen door de Tweede Kamer soms leiden tot extra verfijningen die de uitvoeringsorganisatie voor problemen stelt (*Kamerstukken II* 1990-1991, 21 427, nr. 3, p. 38).

Het is uiteraard niet mogelijk om zonder zorgvuldig onderzoek gefundeerde uitspraken te doen omtrent de relatie tussen amendementen en de kwaliteit van de wetgeving. Het kost echter niet veel moeite om

¹⁰ Zie bij G.J. Veerman, *De lengte van de wetgevingsprocedure*, 's-Gravenhage 1986.

voorbeelden te geven van amendementen die uit een oogpunt van kwaliteit van wetgeving bepaald geen schoonheidsprijs verdienen. Soms sluit een amendement niet of onvoldoende aan bij de systematiek van het wetsvoorstel. In een ander geval is een amendement onvoldoende getoetst vanuit het gezichtspunt van de uitvoerbaarheid. Evenals bij een wetsvoorstel is het bij het maken van een amendement van belang dat goed wordt gelet op de gevolgen voor de praktijk. Vooral als het gaat om ingewikkelde materie vergt dat een zorgvuldige voorbereiding.

Een voorbeeld van amendering waar veel over te doen is geweest, is het amendement Vreugdenhil, Vermeend, De Grave dat is ingediend bij de behandeling van Oort I (*Kamerstukken II* 1988-1989, 20 595). Door dit amendement, dat kamerbrede steun had, is aan artikel 3 van de Wet op de dividendbelasting 1965 een nieuw tweede lid toegevoegd, inhoudende dat de artikelen 44 en 80 van de Wet Inkomstenbelasting 1964 van overeenkomstige toepassing zijn. Het gevolg van deze bepaling is dat dividend dat wordt uitgekeerd aan buitenlanders belastbaar is met een feitelijke terugwerkende kracht tot 1 januari 1946.

In de fiscale vakliteratuur is van verschillende zijden gewezen op de bezwaren van het juist genoemde amendement: de relatie met de Oort-operatie ontbreekt, het is te snel en onvoldoende doordacht gemaakt en ingediend en het is in strijd met enkele beginselen van behoorlijke wetgeving, zoals het beginsel van de duidelijke doelstelling, het beginsel van uitvoerbaarheid en het beginsel dat gerechtvaardigde verwachtingen gehonoreerd moeten worden.¹¹ Nooteboom sluit zijn bijdrage over dit amendement als volgt af: 'Dit bevestigt naar mijn mening dat het wetgevingsinstrument amendement, geen koekoeksei is dat vlug in een vreemd nest zou mogen worden uitgebroed'.¹²

Uit het voorgaande mag niet de indruk ontstaan dat amendementen per definitie afbreuk doen aan de kwaliteit van de wetgeving. Er zijn ook tal van voorbeelden te noemen van amendementen die uitstekend passen in het betreffende voorstel of zelfs een verbetering daarvan tot gevolg hebben.

11 Aldus M.R. Reuvers, Een uitglijder van de wetgever?, *Fiscaal weekblad*, 30 maart 1989, p. 507-510.

12 A. Nooteboom, Actueel aspect van fiscale wetgevingstechniek, *Maandblad belastingbeschouwingen* 1989, p. 88-91.

5.2 Voorstellen van de Commissie Deetman

In het rapport van de Commissie Deetman (*Kamerstukken II* 1990-1991, 21 427, nr. 3) wordt ook aandacht besteed aan de kwaliteit van de wetgevingsprocedure. Geconstateerd wordt dat de wetgevingsprocedure onvoldoende doelmatig is, met als gevolg dat wetten traag tot stand komen. De volgende knelpunten worden gesignaleerd: doublures in de advisering over wetsvoorstellen (zowel in de departementale fase als bij de parlementaire behandeling), doublures wanneer voorafgaand aan de indiening van een wetsvoorstel een beleidsnota of een voorontwerp het wetgevingsproces inleiden, een — te — uitgebreide schriftelijke behandeling van wetsvoorstellen in de Tweede Kamer (waarbij ook onderwerpen worden aangesneden die slechts indirect verband houden met het wetsvoorstel) en juist in bepaalde gevallen te weinig tijd voor de Eerste Kamer bij de behandeling van belangrijke voorstellen.

Onder de noemer vraagpunten en oplossingsrichtingen worden in het rapport enkele mogelijkheden geopperd om het wetgevingsproces doelmatiger te laten verlopen:

- serieus nemen van de termijnen waarbinnen de kamercommissies een verslag moeten uitbrengen;
- minder vaak een uitgebreide commissievergadering houden over wetsvoorstellen;
- voorkomen van het horen van dezelfde instellingen en organisaties door zowel de regering als de kamer;
- systematisch doorlopen van de wettelijke verplichtingen tot het horen van adviesorganen op de wenselijkheid van het omzetten van deze verplichtingen in bevoegdheden, waarbij tevens moet worden gezien of er een (fatale) termijn kan worden gesteld voor de advisering;
- terugdringen van het fenomeen voorontwerpen en beleidsnota's over toekomstige wetgeving;
- tijdige indiening van amendementen en nota's van wijziging.

Een punt dat geen betrekking heeft op de doelmatigheid van de wetgevingsprocedure, maar wel de taak van het parlement bij de behandeling van wetsvoorstellen betreft, is de mogelijkheid van de instelling van een Vaste Commissie voor de Wetgeving uit de kamer. In het rapport van de Commissie Deetman wordt deze mogelijkheid ook ter sprake gebracht (p. 36). Ook in de nota *Zicht op wetgeving* (*Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 39) wordt hierop gewezen. Een dergelijke Vaste Commissie voor de Wetgeving zou een bijdrage kunnen leveren aan de verhoging van de kwaliteit van de wetgeving door een wetsvoorstel te beoordelen vanuit

algemene gezichtspunten (rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, verhouding tot andere wetgeving) en door aandacht te vragen voor de doorwerking van adviezen van de Raad van State en de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten. Op deze wijze kan worden voorkomen dat er bij de behandeling van wetsvoorstellen in de kamer te veel en eenzijdig het accent wordt gelegd op sectorale invalshoeken en belangen. Wel zal moeten worden voorkomen dat de inbreng van een Vaste Commissie voor de Wetgeving leidt tot vertraging in de procedure. Dit betekent dat de voorbereiding door de betreffende sectorale commissie en de Vaste Commissie voor de Wetgeving tegelijkertijd plaats zal moeten vinden.

6 Evaluatie van wetgeving

Het proces van wetgeving eindigt niet met de publikatie van de wet in het Staatsblad. Eigenlijk begint het dan pas; het gaat immers om de uitvoering van de wet en de effecten op de gang van zaken in de maatschappelijke realiteit. Het wetgevingsproces is een cyclisch proces met vijf fasen: voorbereiding, vaststelling, uitvoering, evaluatie en terugkoppeling. Evaluatie is een onderdeel van het voortgaande wetgevingsproces.¹³ Bij de evaluatie van wetgeving gaat het om het verzamelen en analyseren van gegevens over de werking van de wet in de praktijk en de beoordeling daarvan in het licht van de bedoelingen van de wetgever.¹⁴ De belangstelling voor evaluatie van wetgeving is de laatste jaren toegenomen.¹⁵

Uiteraard speelt de politieke dimensie ook een belangrijke rol bij beslissingen over evaluatie van wetten. In bepaalde gevallen wordt in de wet zelf een bepaling opgenomen over de evaluatie van de desbetreffende wettelijke regeling. Een van de mogelijke redenen om dat te doen vloeit voort uit de politieke besluitvorming over een wetsvoorstel. De evaluatiebepaling fungeert als smeermiddel in het proces dat leidt tot vaststelling van de wet. Polak gaat zelfs zover dat hij stelt dat het gemeenschappelijke

13 Zie ook de nota *Zicht op wetgeving, Kamerstukken II 1990-1991*, 22 008, nrs. 1-2, p. 39 en 40. In *Zicht op wetgeving* wordt een nota van het kabinet over het te voeren wets-evaluatiebeleid in het vooruitzicht gesteld.

14 Het gaat mij hier om de zogenoemde ex post evaluatie. Een bepaalde periode na de inwerkingtreding van de wet wordt bekeken welke effecten de wet bewerkstelligt. Daarnaast is het ook mogelijk om bij de voorbereiding van een wet te pogen om zorgvuldig de te verwachten effecten in kaart te brengen. Deze activiteit wordt wel aangeduid als evaluatie ex ante.

15 Zie bijvoorbeeld J.H.T.H. Andriessen e.a. (red.), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle 1987 en H.B. Winter e.a., *Evaluatie van wetgeving*, Deventer 1990.

kenmerk van georganiseerde wetsevaluatie is gelegen in het ontbreken van consensus. 'De wetsevaluatie dient als compromis, zoals ook de tijdelijkheid van de wet die vaak parallel loopt met de evaluatie een compromis is. Alleen met die afspraken en toezeggingen kan het Staatsblad worden gehaald'.¹⁶

Er zijn diverse voorbeelden te noemen van wetsevaluaties die op aandrang van de Staten-Generaal tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel zijn geïnitieerd.¹⁷ In dergelijke gevallen kan sprake zijn van tactisch gebruik van wetsevaluatief onderzoek. Het onderzoek heeft dan een overwegend legitimerende functie. Het gevolg is veelal dat op selectieve wijze wordt omgesprongen met de resultaten van het onderzoek. Een van de conclusies uit de studie van Winter, Scheltema en Herweijer is dat indien het conflictgehalte van de besluitvormingscontext van de wet hoog is, de kans op doorwerking van de resultaten van wetsevaluatief onderzoek geringer is.¹⁸

Het voorgaande hoeft nog niet te betekenen dat wetsevaluaties die zijn geïnitieerd op aandrang van het parlement bij voorbaat tot niets zullen leiden. Het hangt er van af wat de achterliggende reden is om een evaluatie te wensen. De wens tot evaluatie kan voortvloeien uit het politieke spel. Daarmee wordt dan een politiek signaal afgegeven. Men heeft weliswaar ingestemd met het wetsvoorstel, maar tegelijkertijd aangegeven dat die beslissing niet van harte en uit overtuiging is genomen. In dat geval is de kans groot dat de resultaten van de wetsevaluatie weinigen zullen interesseren en niet of nauwelijks effect hebben.

Het is echter ook mogelijk dat er werkelijke verschillen van inzicht bestaan tussen politici over de te verwachten effecten van een wettelijke regeling. De meningen lopen dan niet uiteen over de vraag of de effecten van een wet gewenst zijn, maar wel over de vraag of en in welke mate die effecten gaan optreden. Mede met behulp van wetsevaluatief onderzoek kan de laatstgenoemde vraag beantwoord worden. Bij de interpretatie van de resultaten van het onderzoek spelen politieke factoren eveneens een rol. Het valt immers niet mee om te erkennen dat een wet die men heeft gewild niet het beoogde effect heeft en dat men een verkeerde inschatting heeft gemaakt van de gevolgen van de regeling.

16 J.M. Polak, Over herkomst en resultaten van opdrachten voor wetsevaluatie, in: J.H.T.H. Andriessen e.a. (red.), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle 1987, p. 6.

17 Polak noemt in zijn in noot 16 genoemde bijdrage aan de bundel *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid* het voorbeeld van de wijziging van de Warenwet en het wetsvoorstel Hoger beroep in strafzaken bij een enkelvoudige kamer (p. 6).

18 Winter e.a., a.w., p. 192.

In het hiervoor reeds meermalen aangehaalde rapport van de Commissie Deetman wordt aanbevolen om in beginsel *altijd* over te gaan tot systematische wetsevaluatie. De commissie denkt daarbij aan expliciete evaluatiebepalingen in wetgeving, al dan niet voorzien van zogenaamde horizonbepalingen. Onder systematische wetsevaluatie verstaat de commissie de evaluatie ex post naar de effecten van de wet. Zij noemt enkele voorbeelden van dergelijke systematische wetsevaluaties: de evaluatie van de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne, van de Wet universitaire bestuurshervorming en van de Wet openbaarheid van bestuur.

Deze aanbeveling van de commissie is naar mijn indruk onvoldoende doordacht. Het onderzoek van Winter, Scheltema en Herweijer heeft geleid tot de conclusie dat de gemiddelde kosten van systematische evaluatiestudies f 375.000,- bedragen en dat het gemiddelde tijdsbeslag van dergelijke studies ongeveer twee jaar is.¹⁹ Wat betekent de uitvoering van de aanbeveling van de Commissie Deetman voor de rijksbegroting? Het zal duidelijk zijn dat de gevolgen aanzienlijk zijn. Daarbij komt nog het volgende. Winter, Scheltema en Herweijer hebben bij hun onderzoek naar het gebruik van de resultaten van wetsevaluatief onderzoek geconstateerd dat evaluatie-onderzoek zelden tot gevolg heeft dat er een ingrijpende bijstelling plaatsvindt van de bestaande regelgeving of de uitvoeringspraktijk. Wel leiden bevindingen van onderzoek regelmatig tot het oplossen van problemen in de concrete uitvoeringspraktijk.²⁰

Bij beslissingen over evaluatie van wetgeving moet rekening worden gehouden met de te verwachten — maatschappelijke — baten en lasten van het onderzoek. Om een beeld te krijgen van hetgeen een wet in de samenleving bewerkstelligt, kan vaak gebruik worden gemaakt van reeds bestaande, reguliere informatiekanaal (bijvoorbeeld klachten van burgers en maatschappelijke organisaties, jurisprudentie, publikaties in kranten en vakbladen). Ook uitvoeringsinstanties beschikken vaak over de nodige informatie, waarvan soms in jaarverslagen melding wordt gemaakt. Langs deze wegen kan op eenvoudige en goedkope wijze reeds veel waardevolle informatie worden verkregen over de effecten van wetgeving in de praktijk. In sommige gevallen — bijvoorbeeld omdat in een wet een geheel nieuwe aanpak wordt gevolgd die ook op andere terreinen toegepast zou kunnen worden of omdat vooraf op belangrijke punten nog twijfel bestaat omtrent de te verwachten effecten — verdient het de voorkeur om via systematisch, wetenschappelijke methoden onderzoek te verrichten naar de effecten van

19 Winter e.a., *a.w.*, p. 221 en 222.

20 Winter e.a. *a.w.*, p. 222 en 223.

wetgeving. Een voorbeeld van een wettelijke regeling die in de sfeer van de handhaving een nieuwe aanpak kent is de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften, de zogenoemde Lex Mulder. Bestuurlijke sancties worden gebruikt waar in het verleden sprake was van strafrechtelijke handhaving. Evaluatie van deze wet kan zicht geven op de vraag of deze aanpak succesvol is en eventueel ook gebruikt kan worden voor de handhaving van andere voorschriften.

Het verzamelen, analyseren, beoordelen en vertalen van informatie over de effecten van overheidsbeleid is vooral een kwestie van bereidheid en houding bij politici en ambtenaren. Het gaat er om dat zij zich primair richten op de effecten van het beleid in de maatschappelijke realiteit.

7 Maatschappij, politiek en wetgevingsbeleid

Uit het voorgaande is gebleken dat de besluitvorming over wetgeving in hoge mate wordt beïnvloed door de politiek-bestuurlijke context waarin deze besluitvorming plaatsvindt. De verschillende belangen en factoren die daarbij een rol spelen zijn geschetst. In zekere zin vormen zij een gegeven en bepalen aldus de mogelijkheden en beperkingen om tot verandering te komen.

Dit betekent echter nog niet dat een beleid gericht op de verbetering van de kwaliteit van de wetgeving — waarbij wordt getracht het maatschappelijk nut van wetgeving te verhogen door beter aan te sluiten bij de processen in de sectoren van de samenleving, door het uitvoerings- en handavingsperspectief centraal te stellen en door steeds kritisch te kijken naar de werking van bestaande wetten — geen kans van slagen heeft. Op dit moment wordt in brede kring ingezien dat de kwaliteit van de wetgeving in hoge mate bepalend is voor de kwaliteit en geloofwaardigheid van de overheid en haar beleid (zie onder meer het rapport van de Commissie Deetman en de nota *Zicht op wetgeving*). Thema's als de verbetering van de uitvoering en handhaving van beleid en regelgeving, de verhoging van de doelmatigheid van beleid en regelgeving en het afschaffen van onnodige of onnodig ingewikkelde regelgeving staan in de belangstelling. Zij hebben inmiddels een plaats op de politieke agenda verworven.

Bovendien is er beweging in de politiek-bestuurlijke context zelf. Het sociale vernieuwingsbeleid en de discussies over de bestuurlijke en staatkundige vernieuwing hebben gemeen dat ze gericht zijn op de vermaatschappelijking van de politiek en het bestuur. Het gaat er om de kloof tussen de Haagse besluitvorming en de realiteit van alledag in de gemeenten, in de

bedrijven, op de scholen en in andere maatschappelijke verbanden te dichten of althans kleiner te doen worden. Het tegengaan van de verkokering en van overproductie van overheidsbeleid, het bevorderen van de decentralisatie, het bieden van ruimte voor zelfregulering (al dan niet binnen wettelijke kaders), meer systematische aandacht voor evaluatie en controle van beleid en het zoeken naar wegen om de band tussen kiezers en gekozenen aan te halen; allemaal onderwerpen die gezien moeten worden in het licht van de vermaatschappelijking van politiek en bestuur.

Een wetgevingsbeleid dat aansluit bij deze lijn wordt gekenmerkt door: selectiviteit bij het gebruik van regelgeving, wetten die zo mogelijk ruimte laten voor zelfregulering door burgers en maatschappelijke organisaties,²¹ veel en vroegtijdige aandacht voor de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van wetten en permanente aandacht voor de (neven)effecten van wetten op het gedrag van burgers, bedrijven en instellingen.

Hiermee is niet gezegd dat het ook zal lukken om de politiek en het bestuur en vervolgens ook de wetgeving beter op de maatschappelijke realiteit te laten aansluiten. Het is geen gemakkelijke weg. Bovendien moet deze weg worden ingeslagen door politici en bestuurders zelf. Een situatie die veel gelijkenis vertoont met die van de baron die zich aan zijn eigen haren uit het moeras wil trekken.

21 Voor de verhouding tussen wetgeving en zelfregulering en voorbeelden van combinaties van beide vormen van regulering verwijs ik naar de inhoud van hoofdstuk 9 van dit boek.



Deel VII

Wetgeving in stelling

Afronding en conclusies

1 Inleiding

In dit afsluitende hoofdstuk volgen tien stellingen, twee betreffende elk van de voorgaande delen. Deze stellingen hebben niet het karakter van de stellingen die aan een proefschrift plegen te worden toegevoegd. De stellingen zijn van inhoudelijke aard en voorts worden ze toegelicht en onderbouwd. Aldus geeft dit laatste hoofdstuk de huidige visie van de schrijver weer ten aanzien van centrale thema's van wetgeving in onderwijs en wetenschap, wetgeving op orde?, wetgeving en beleid, wetgeving en samenleving en wetgeving en politiek, in onderlinge samenhang.

2 Wetgeving in onderwijs en wetenschap

STELLING 1

De ontwikkeling van een algemeen toepasbare methode van wetgeving is niet mogelijk. De bestudering van het ontwerpen van wetten en van het proces van wetgeving vergt een multidisciplinaire aanpak en is nuttig voor het wetgevende werk in de praktijk.

TOELICHTING

1. De term wetgeving wordt zowel gebruikt om het besluit wet aan te duiden als het proces waarin dit besluit tot stand komt. Voor een goed begrip is het noodzakelijk om de wet en het wetgevingsproces zorgvuldig te onderscheiden. Voorts moet worden beseft dat zowel de wet, het samenstel van regels met het oogmerk om een bepaald gedrag (dan wel een verandering daarvan) te bewerkstelligen, als het wetgevingsproces, het proces en de procedure van totstandkoming van een wet, een zelfstandige waarde en betekenis hebben. Voor de wet als hoogste besluytype dat we, afgezien van de Grondwet en supranationale besluiten in ons nationale rechtsstelsel, kennen, behoeft dit geen toelichting. Recente discussies over het gebruik

van convenanten¹ hebben weer eens duidelijk gemaakt dat het wetgevingsproces, en in het bijzonder de wetsprocedure als het staatsrechtelijk genormeerde onderdeel daarvan, een zelfstandige waarde vertegenwoordigt door de gegarandeerde positie van bepaalde organen. De Staten-Generaal hebben als medewetgever een vaste, verzekerde plaats in de wetsprocedure. Het is daarom wel begrijpelijk dat de Staten-Generaal in beginsel kritisch staan ten opzichte van het gebruik van andere bestuursvormen — zoals het convenant — ter realisering van doelstellingen van overheidsbeleid.

2. In aansluiting op het vorige onderdeel wordt bepleit om in het onderwijs en het onderzoek in het kader van de wetgevingsleer afzonderlijk aandacht te besteden aan aspecten van het ontwerpen van een wet en aspecten van processen waarin wetten tot stand komen. Dit betekent dat de wetgevingsleer zich bezig dient te houden met in hoofdzaak de methode of de methodiek van wetgeving - waaronder ook de wetgevingstechniek kan worden begrepen - en de wetgevingsprocesleer.²

3. De methodiek van wetgeving betreft drie verschillende aspecten die van belang zijn bij het ontwerpen van een wet. In essentie gaat het om de neerslag van (een onderdeel van het) overheidsbeleid in regelgeving. Hoewel het niet primair hun terrein is, moeten ontwerpers van wetten een zekere kennis hebben van sturingsvraagstukken. De neerslag van beleid in regelgeving is immers niet slechts een kwestie van 'het even opschrijven'. Met het ontwerpen van regels wordt het beleid nader geconcretiseerd. Voorts mag van goede ontwerpers van wetten worden verwacht dat zij in staat zijn kritisch mee te denken met degenen die het beleid ontwerpen. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om zaken als de te verwachten effectiviteit van de wet en punten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. De disciplines die hierbij ondersteuning kunnen bieden zijn de bestuurs- en beleidswetenschappen.

1 Zie over het gebruik van convenanten het advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten en het kabinetsstandpunt ter zake, *Kamerstukken II* 1992-1993, 22 800 VI, nr. 4.

2 In navolging van Burkhardt Krems, *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, Berlijn 1979. Zie hoofdstuk 2 van dit boek. Over dit onderwerp ook D.W.P. Ruiter, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Assen/Maastricht 1987, p. 35 e.v en zeer uitgebreid de dissertatie van W.G. van der Velden, *De ontwikkeling van de wetgevingswetenschap*, Lelystad 1988. Uit deze publikaties blijkt dat verdere differentiatie van takken van de wetgevingswetenschap mogelijk is.

Een tweede kenmerk van de methodiek van het wetgevende werk is, dat het gaat om het ontwerpen van rechtsregels. De wet is een voorname bron van recht. Tevens is de wetgever zelf onderworpen aan het recht. Zo heeft hij te maken met regels van internationaal en communautair, met de Grondwet en met rechtsbeginselen, zoals het evenredigheidsbeginsel. De juridische discipline zou ik de ankerdiscipline van de wetgevingsleer willen noemen. Van ontwerpers van wetten mag worden verwacht dat zij niet alleen het positieve (staats- en bestuurs)recht beheersen, maar ook dat zij enig rechtstheoretisch inzicht hebben.³

Een derde en laatste onderdeel van de methodiek van wetgeving, dat wel wetgevingstechniek wordt genoemd, heeft betrekking op de formulering en structurering van wettelijke bepalingen. Taalgevoel en (rechts)logica kunnen hier uitkomst bieden.

Overigens geldt voor de drie genoemde aspecten van de methodiek van wetgeving dat de argumentatieleer ondersteuning kan bieden.

4. Binnen het wetgevingsproces kunnen verschillende fasen worden onderkend. Een deel van het proces, de wetsprocedure, wordt beheerst door geschreven en ongeschreven regels van staatsrecht. Voorts wordt het verloop van het wetgevingsproces overwegend bepaald door organisatorische en politieke factoren.⁴ Voor een 'wetgever' is inzicht in en gevoel voor wetgevingstactiek van bijzonder belang. In belangrijke mate wordt dit ontwikkeld door ervaring in de wetgevende praktijk.

De wetenschappelijke disciplines die kunnen bijdragen aan kennis van en inzicht in het verloop van wetgevingsprocessen zijn het staatsrecht, de politicologie en de (organisatie)sociologie.

5. Uit het voorgaande blijkt dat de wetgevingsleer is gefundeerd in een breed scala van wetenschappelijke disciplines, die deels normatief en deels empirisch van aard zijn. Voorts is duidelijk dat de wetgevingsleer zich richt op het geven van criteria, voorschriften en handreikingen ten behoeve van de wetgevende arbeid in de praktijk. Dit betekent naar mijn overtuiging dat het niet mogelijk is om een algemeen toepasbare methode van wetgeving te ontwikkelen.

3 Vergelijk Ruiter, *a.w.*, p. 40 e.v. Hij betoogt dat de rechtstheorie kan bijdragen aan het verschaffen van inzicht in de structuur van diverse typen wettelijke normen.

4 Zie voor deze aspecten van het wetgevingsproces de dissertatie van L.J.M. d'Anjou, *Actoren en factoren in het wetgevingsproces*, Zwolle 1986.

6. Een veel gehoorde stelling is dat het ontwerpen van wetten een ambacht is dat alleen door de uitoefening in de praktijk geleerd kan worden. Op zichzelf bevat deze stelling een kern van waarheid. Het ligt echter voor de 'wetgever' niet anders dan voor de rechter, de advocaat of de bedrijfsjurist. Het vak echt leren doe je in de praktijk. Dit neemt niet weg dat door studie kennis, inzicht en vaardigheden kunnen worden verworven die een goede voorbereiding dan wel ondersteuning bieden voor het wetgevende werk in de praktijk. Overdracht van praktijkkennis en vaardigheden en ontwikkeling van nieuwe inzichten worden hierdoor beter mogelijk. Een belangrijk voordeel van personen met een brede, algemene wetgevingsdeskundigheid is voorts dat zij zich gemakkelijker kunnen verplaatsen in de redeneringen en opvattingen van andere betrokkenen in het wetgevingsproces, zoals beleidsmedewerkers, bestuurders en politici.⁵ Dit vermogen is in de praktijk niet zelden onmisbaar om een wetgevingsproject te laten slagen.

Het valt daarom toe te juichen dat aan elke universiteit in ons land in een of andere vorm het vak wetgevingsleer wordt gedoceerd en dat er enkele postdoctorale opleidingsactiviteiten zijn op het gebied van de wetgeving.⁶

STELLING 2

Wetten zijn te beschouwen als stelsels van met elkaar samenhangende gedrags- en bevoegdheidsnormen. Bestuursrechtelijke wetten bestaan in de regel overwegend uit bevoegdheidsnormen en bepalingen die betrekking hebben op de — materiële en formele — condities voor de uitoefening van die bevoegdheden.

TOELICHTING

1. Kenmerkend voor gedragsnormen is dat deze normen het feitelijk handelen betreffen. Dergelijke normen geven aan dat een bepaald gedrag moet of mag worden verricht dan wel nagelaten.

Bevoegdheids- of competentienormen daarentegen betreffen het (kunnen) verrichten van rechtshandelingen.⁷ Onderscheid kan worden gemaakt tussen regelgevende, bestuurlijke, rechtsprekende en adviserende bevoegdheden.

⁵ Vergelijk J.H. van Kreveld, Het wetgevingskwartet, *RegelMaat* 1991, p. 35 en 36.

⁶ Zie in hoofdstuk 1, noot 5 van dit boek.

⁷ Zie voor een diepgaande bespreking van de verschillende typen gedrags- en bevoegdheidsnormen, Ruiter, *a.w.*

Door de uitoefening van bevoegdheden kunnen nieuwe gedragsnormen ontstaan. Bevoegdheidsnormen zijn dus essentieel voor de dynamiek in een rechtsstelsel.

2. De schending van een gedragsnorm biedt in de regel de mogelijkheid om een sanctie op te leggen. De schending van de condities van een bevoegdheidsnorm leidt er in de regel toe dat het beoogde resultaat, veelal het scheppen van een gedragsnorm, niet rechtmatig is en daardoor nietig of vernietigbaar.

3. Gedragsnormen zijn veelal gericht tot de burger. Bevoegdheidsnormen richten zich overwegend tot overheidsambten. Er zijn echter ook gedragsnormen die zich richten tot overheidsambten, zoals de norm die gemeenten de aanspraak op een subsidie van het Rijk geeft, en bevoegdheidsnormen die zich richten op de burger, zoals de bevoegdheid om overeenkomsten te sluiten.

4. Door de voor het bestuursrecht zo kenmerkende gelede normstelling⁸ overheersen in bestuursrechtelijke wetten de bevoegdheidsnormen. Dergelijke wetten bevatten veelal maar enkele gedragsnormen en bestaan voorts uit normen die regelgevende, bestuurlijke, rechtsprekende en adviserende bevoegdheden toekennen en bepalingen die de uitoefening van deze bevoegdheden normeren.

5. Dit betekent dat het ontwerpen van bevoegdheidsnormen een belangrijk aandachtsgebied is voor degenen die zich in theorie en praktijk bezig houden met (bestuursrechtelijke) wetgeving. Steeds moet zorgvuldig worden overwogen aan wie een bevoegdheid moet worden toegekend, om welk type bevoegdheid het gaat, of de bevoegdheid een imperatief of een facultatief karakter moet hebben en in welke mate de bevoegdheid een gebonden of discretionair karakter moet hebben. In het bijzonder dit laatste punt noodzaakt tot een goede afweging door de wetgever van de mogelijkheden om toegekende bevoegdheden te begrenzen en beperken.⁹ In hoofdzaak zijn hiervoor twee methoden beschikbaar. De wetgever kan door het

8 Zie H.D. van Wijk en W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht 1991, p. 179 e.v. en ook bij A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn 1987, p. 79 en 80.

9 Over de beperking van bevoegdheden door - onder meer - de wetgever gaat ook een deel van het proefschrift van G.H. Addink, *Afvalstoffenwetgeving en normstelling*, Zwolle 1987, p. 72 e.v.

omschrijven van het onderwerp van de bevoegdheid, het doel van de bevoegdheidsuitoefening of het type norm waar het om kan gaan een toegekende bevoegdheid *materieel* begrenzen. Ook kan de wetgever *procedures* aangeven die gevolgd dienen te worden bij de uitoefening van een bevoegdheid, door bijvoorbeeld bepalingen op te nemen over termijnen, het inwinnen van adviezen of het horen van betrokken personen of instanties.

3 Wetgeving op orde?

STELLING 3

Het gebruik om in de wetgeving in ruime mate bevoegdheden tot (nadere) regelgeving — vaak met een open karakter — toe te kennen aan de Kroon of aan een minister is de voornaamste oorzaak van de te grote regeldichtheid. De wet moet niet alleen worden beschouwd als kader voor de verdeling van verantwoordelijkheden en bevoegdheden tussen de organen op rijksniveau, maar ook in relatie tot lagere overheden, zelfstandige bestuursorganen en burgers en maatschappelijke organisaties.

TOELICHTING

1. In de nieuwe Aanwijzingen voor de regelgeving¹⁰ is het primaat van de wetgever als uitgangspunt genomen. De wet dient ten minste de hoofdelementen van de regeling te bevatten. Daarbij gaat het in ieder geval om de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling en in beginsel ook om de voornaamste duurzame normen. Elke delegatie van regelgevende bevoegdheid dient zo concreet en nauwkeurig mogelijk te worden begrensd. Voorts moet in de toelichting verantwoording worden afgelegd over de wijze waarop recht is gedaan aan het primaat van de wetgever.¹¹

2. Het uitgangspunt dat de wet de voornaamste materiële bepalingen moet bevatten, en daarmee de hoofdlijnen van het beleid, verdient ondersteuning. Daarvoor zijn diverse argumenten te geven. Allereerst is er het argument dat in de discussie over delegatie van regelgevende bevoegdheid veelal

10 De *Aanwijzingen voor de regelgeving* zijn vastgesteld bij besluit van de Minister-President van 18 november 1992 en het besluit tot vaststelling is gepubliceerd in de Staatscourant (*Stcr.* 230). De paragrafen 2.2 en 2.3 (aanwijzing 19 tot en met 34) hebben betrekking op algemeen verbindende voorschriften en delegatie en mandaat van regelgevende bevoegdheid.

11 Aldus aanwijzing 212 van de *Aanwijzingen voor de regelgeving*.

overheerst, te weten de democratische legitimatie. De Staten-Generaal heeft als medewetgever een voorname plaats in de wetsprocedure. Maar er is meer. Soberheid met regelgeving veronderstelt in belangrijke mate ook soberheid met delegatie van (vooral) regelgevende bevoegdheid aan de Kroon en de minister. Vaker dan wordt gedacht, kan worden volstaan met een (globaal) wettelijk kader. Dit betekent dat delegatie van regelgeving slechts plaatsvindt indien dat noodzakelijk is en voorts dienen het onderwerp en het doel zo concreet en nauwkeurig mogelijk te worden aangegeven. Dat is ook daarom nodig, omdat er in het proces van totstandkoming van gedelegeerde wetgeving minder remmen zijn ingebouwd tegen uitbundige regelgeving dan bij 'parlementaire wetgeving'. Dus niet: bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld ter uitvoering van deze wet (of dit hoofdstuk). De praktijk wijst immers uit dat ook facultatieve bevoegdheden veelal worden uitgeoefend.

Versterking van het primaat van de wetgever door terughoudendheid met delegatie kan de deregulering juist bevorderen.

3. Bovendien kan in de praktijk worden geconstateerd dat delegatie van regelgevende bevoegdheden niet zelden een verlegenheidsoptie is. Men weet in feite nog niet goed wat men wil en daarom worden de problemen vooruit geschoven. Het beleid is dan nog onvoldoende doordacht. Dit maakt een goede beoordeling van de noodzaak van de wet en van de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid van die wet onmogelijk.

4. Het vorenstaande is geen pleidooi om alles bij wet te regelen. Delegatie is geen noodzakelijk kwaad. Het biedt de mogelijkheid om zaken die niet des wetgevers zijn over te dragen aan organen die daarvoor gelet op hun functie, samenstelling en procedures het meest voor in aanmerking komen.¹² Nadere uitwerking van het wettelijk kader kan dus indien nodig geschieden bij algemene maatregel van bestuur en als het gaat om voorschriften van administratieve aard of om de uitwerking van details bij ministeriële regeling.

5. Overigens moet worden opgemerkt dat de lange duur van onze wetsprocedure ertoe leidt dat in bepaalde gevallen ten onrechte gebruik wordt gemaakt van de delegatie van regelgevende bevoegdheid aan de

12 Vergelijk E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn 1989, p. 60.

Kroon, eventueel met een voorhangprocedure. Dit biedt dan de mogelijkheid om in de toekomst sneller zaken aan te passen.

6. Het is een misvatting te menen dat uitwerking van een (globaal) wettelijk kader steeds noodzakelijk is en in principe zou dienen te geschieden door de Kroon of door een minister. Het vraagstuk van de verdeling van voorschriften over de wet, de algemene maatregel van bestuur en de ministeriële regeling is slechts een van de aspecten van het ruimere onderwerp van de wet als kader van verdeling van verantwoordelijkheden en bevoegdheden.¹³ Soms kan worden volstaan met een globaal wettelijk kader. De nadere invulling kan dan worden overgelaten aan het maatschappelijk verkeer.¹⁴ In andere gevallen wordt de uitwerking van het wettelijk kader opgedragen aan organen van — territoriaal of functioneel — gedecentraliseerd bestuur. Ook is denkbaar dat de wet aan de betrokken partijen en organisaties opdraagt om via zelfregulering het kader nader in te vullen.

STELLING 4

De Duitse doctrine van het beginsel van de voorrang en het voorbehoud van de wet is in belangrijke mate richtinggevend geweest voor gedachtenvorming over dit onderwerp in Nederland. De 'Wesentlichkeitstheorie', die inhoudt dat het tot de taak van de wetgever behoort om de wezenlijke beslissingen op een bepaald terrein van overheidsbemoeienis zelf te nemen via duidelijke regeling in de wet, is in belangrijke mate het resultaat van de in het Duitse rechtsstelsel bestaande bevoegdheid van constitutionele toetsing van wetten door het 'Bundesverfassungsgericht'. De 'Wesentlichkeitstheorie', het 'Gebot der Normenklarheit' en de leer van het 'Parlamentsvorbehalt' en het 'Exekutivvorbehalt' bieden in combinatie een verfijnd kader voor de beoordeling van de vraag welke bepalingen in de wet zelf behoren en welke elementen onder welke condities kunnen worden gedelegeerd.

13 Vergelijk de toespraak van de Minister van Justitie bij de opening van het symposium van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 'Delegatie van regelgevende bevoegdheid', in: I. Kolhoop (red.), *Delegatie van wetgevende bevoegdheid*, Alphen aan den Rijn 1992, p. 99 e.v. Ook gepubliceerd in *Stcr.* 58 (23 maart 1992), p. 6-7.

14 Zie ook bij H.J. de Ru, *De algemene wet gaat voor de bijzondere wet*. Achtergrondstudies algemeen wetgevingsbeleid, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1993.

TOELICHTING

1. De Duitse doctrine van het beginsel van de voorrang en het voorbehoud van de wet (in formele zin) is in belangrijke mate richtinggevend geweest voor de gedachtenvorming in Nederland. Het beginsel van het wetsvoorbehoud betreft de vraag welke overheidsbesluiten een grondslag in de wet behoeven. De ontwikkeling van aanvankelijk het gebruik van het onderscheid tussen 'Eingriffsverwaltung' en 'Leistungsverwaltung' naar de heersende opvatting die inhoudt dat wezenlijke beslissingen of anders gezegd de hoofdlijnen van het beleid in de wet moeten worden neergelegd getuigt daarvan. Een voorbeeld van dit laatste is de in het voorontwerp van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht opgenomen bepaling dat een bestuursorgaan slechts subsidie verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat bepaalt voor welke activiteiten subsidie wordt verleend en welke verplichtingen het bestuursorgaan aan de subsidieverlening kan verbinden.¹⁵

2. De Duitse doctrine inzake het voorbehoud van de wet is in vergaande mate uitgekristalliseerd. De 'Wesentlichkeitstheorie', het 'Gebot der Normenklarheit' en de leer van het 'Parlamentsvorbehalt' en het 'Exekutivvorbehalt' bieden in combinatie een verfijnd kader voor de beoordeling van de vraag welke bepalingen in de wet zelf behoren en welke elementen van de regeling onder welke condities gedelegeerd kunnen worden. Het gegeven dat in Duitsland wetten door de rechter (het 'Bundesverfassungsgericht') aan de grondwet getoetst kunnen worden is in belangrijke mate aan de ontwikkeling van de doctrine inzake het wetsvoorbehoud debet geweest.

3. Een cruciale bepaling voor de invulling van het principe van het voorbehoud van de wet is het eerste lid van artikel 80 van de Duitse grondwet. Deze bepaling zegt — in de tweede volzin — dat bij delegatie van regelgevende bevoegdheid aan de lagere regelgever de inhoud, het doel en de omvang van de toe te kennen bevoegdheid in de wet bepaald moeten worden. Met deze regel wordt voorkomen dat de wettelijke basis slechts een lege huls is en dat in feite sprake is van zogenoemde blanco delegatie.

15 Artikel 4.2.1.3, eerste lid, van het voorontwerp van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, 's-Gravenhage 1991. Zie hierover ook paragraaf 3.3 van hoofdstuk 5 van dit boek.

4. Bij de interpretatie van wat wezenlijk is en in welke mate de wet duidelijkheid moet bieden en randvoorwaarden moet geven voor de uitoefening van bevoegdheden door lagere regelgevers en het bestuur spelen grondrechten een overwegende rol. Dit kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van het 'Bundesverfassungsgericht' en het 'Bundesverwaltungsgericht'. Naar de mate waarin grondrechten meer in het geding zijn, worden aan de inhoud van de wet hogere eisen gesteld.

5. Uit de Duitse en de Zwitserse jurisprudentie en literatuur inzake de verdeling van regelgevende bevoegdheden kan een functioneel-structurele benadering worden afgeleid. Deze benadering houdt in dat besluiten genomen dienen te worden door organen, die daarvoor gelet op hun organisatie, samenstelling, functie en procedure het meest in aanmerking komen.

Deze benadering biedt steun aan de opvatting dat bepalend zijn voor het niveau van normstelling: het *orgaan* dat de regels heeft vastgesteld en de positie van dat orgaan in het staatsbestel, de kenmerken van de *procedure* van besluitvorming volgens welke de regels tot stand zijn gekomen en de aard en de herkomst van de *bevoegdheid* op grond waarvan de regels zijn vastgesteld. Bij de keuze van het juiste normstellingsniveau dienen deze drie factoren in beschouwing te worden genomen.

4 Wetgeving en beleid

STELLING 5

De opvatting dat afwijking van wet- en regelgeving mogelijk moet zijn indien daardoor de doelstellingen van het beleid beter gerealiseerd kunnen worden, leidt tot normvervaging en tast uiteindelijk de geloofwaardigheid van het openbaar bestuur aan. Het is onjuist om te veronderstellen dat in de praktijk een tegenstelling bestaat tussen het voeren van een doelmatig beleid en een beleid dat binnen de grenzen van de regels blijft.

TOELICHTING

1. Een eenzijdig instrumentele visie op wetgeving moet worden verworpen. Een dergelijke visie miskent de zelfstandige betekenis van de wet als

voornamelijk bron van recht.¹⁶ De wet vormt de neerslag van een afweging van belangen. Rechtsstatelijke waarden als kenbaarheid van het recht voor de burger, rechtszekerheid en gelijke behandeling van burgers worden hiermee gediend. Overigens betekent dit niet dat er geen oog mag zijn voor het gegeven dat een wet in de praktijk van het openbaar bestuur veelal een functie vervult in het kader van het overheidsbeleid. Erkend moet worden dat de wet tevens de neerslag van een stukje overheidsbeleid is.

2. Nader beschouwd kunnen de volgende bezwaren worden ingebracht tegen een eenzijdig instrumentele visie op wetgeving,¹⁷ waarin onder meer wordt verdedigd dat afwijking van wet- en regelgeving mogelijk moet zijn indien de doelstellingen van het beleid daardoor beter gerealiseerd kunnen worden.¹⁸ Allereerst wordt het beginsel van 'checks and balances' als elementair beginsel van een democratische rechtsstaat miskend. Uitgangspunt daarbij is onder meer dat het bestuur gebonden is aan de wet. Ten tweede is het gevaar van normvervaging en aantasting van de geloofwaardigheid van het openbaar bestuur aanwezig. Van het handelen van de overheid en haar functionarissen gaat een voorbeeldwerking uit. Calculerend gedrag van de overheid ten aanzien van de toepassing van de regels roept vergelijkbaar gedrag van de burger op. Als derde bezwaar kan worden genoemd de afbrokkelende rechtszekerheid. Ten slotte wordt afbreuk gedaan aan de wet als kader voor de afweging van belangen, indien een bepaald belang buiten de wet om boven andere belangen wordt verheven.

3. De conceptualisering in een groot deel van de bestuurskundige literatuur draagt bij aan een onjuist, karikaturaal beeld van wet- en regelgeving. In die literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen wetgeving, planning en financiering en tussen beleidsinstrumenten met een regelkarakter en met een prikkelkarakter. In twee opzichten kan hierdoor een vertekening van de werkelijkheid ontstaan. Ten eerste kan de gedachte post vatten dat het bij wet- en regelgeving per definitie gaat om directe, overheidsgerichte regulering (in het bijzonder verboden en geboden die strafrechtelijk worden

16 Vergelijk E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat & beleid*, Zwolle 1991, p. 403 e.v.

17 Vergelijk Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rechtshandhaving*, Rapport nr. 35, 's-Gravenhage 1988.

18 De mogelijkheid van contra legem-werking van bepaalde, materiële algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt in de jurisprudentie onder bijzondere omstandigheden wel aanvaard. (Zie hoofdstuk 5 van dit boek). Inmiddels geldt dit ook voor de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en de burgerlijke kamer van de Hoge Raad. Zie Van Wijk/Konijnenbelt, *a.w.*, p. 131-146.

gehandhaafd). Dit terwijl in de praktijk tal van typen wet- en regelgeving voorkomen die van andere aard zijn, zoals subsidiewetgeving en wetgeving die een kader biedt voor zelfregulering door burgers en maatschappelijke organisaties. Ten tweede wordt soms gedacht dat overheidsbestuur dat niet is gebaseerd op wet- en regelgeving niet of in mindere mate onderworpen is aan juridische eisen. Deze gedachte miskent de werking van beginselen van behoorlijk bestuur.

4. Doelmatig en slagvaardig overheidsbestuur is in de praktijk niet onverenigbaar met beleid dat binnen de grenzen van de regels blijft.¹⁹ Dit stelt uiteraard wel eisen aan de wetgever. Indien het beleid noodzaakt tot een zekere speelruimte voor het bestuur kan de wetgever die verschaffen, bijvoorbeeld door het scheppen van discretionaire bevoegdheden of desnoods via het opnemen van (geclausuleerde) hardheidsclausules in de wet.²⁰ Bovendien moet worden beseft dat het mogelijk is om regels die geen of averechtse effecten hebben te wijzigen of in te trekken.

5. Uit de inhoud van punt 4 van de toelichting bij deze stelling mag zeker geen algemeen pleidooi voor het toekennen van discretionaire bestuursbevoegdheden worden afgeleid. Indien voor het toekennen van ruime bevoegdheden geen goede gronden zijn, moet dit worden vermeden. Daar waar de wetgever duidelijkheid kan geven, zekerheid kan bieden en het kader voor het beleid kan scheppen moet dat niet worden nagelaten. Voorts leidt het in ruime mate toekennen van discretionaire bestuursbevoegdheden door de wetgever in de praktijk tot een toename van (beleids)regels.

STELLING 6

De ontwikkeling en de uitvoering van een beleid inzake de uitoefening van de wetgevende functie draagt bij aan de consistentie en de samenhang van de wetgeving en daarmee van het overheidsbeleid. Voorts bevordert het de doelmatigheid bij het 'wetgeven'. Bundeling van kennis en inzichten kan ook leiden tot een min of meer algemeen geldend referentiekader voor het totstandbrengen van wet- en regelgeving.

19 Zie ook het advies van M. Scheltema aan de parlementaire enquêtecommissie bouwsubsidies, *Kamerstukken II* 1987-1988, 19 623, nr. 30, p. 475.

20 Zie over het gebruik van hardheidsclausules mijn bijdrage Afwijking en doorbreking van regels, *RegelMaat* 1992, p. 26-28. Zie ook in paragraaf 2.2 van hoofdstuk 5 van dit boek.

TOELICHTING

1. De vraag is wat in de praktijk de betekenis en de waarde kan zijn van een algemeen wetgevingsbeleid. Een dergelijk beleid omvat algemene uitgangspunten, beginselen en maatstaven voor het totstandbrengen van wet- en regelgeving. Dergelijke uitgangspunten, beginselen en maatstaven kunnen bijvoorbeeld worden neergelegd in aanwijzingen²¹ of richtlijnen die zich richten tot de 'wetgever'. Dit veronderstelt overigens wel dat ze voldoende zijn uitgekristalliseerd.

2. Een belangrijk constatering om mee te beginnen is dat elke wet en ieder wetgevingsproject in zeker opzicht uniek zijn. De politieke, maatschappelijke en beleidsmatige context is steeds weer anders. Kortom, *de* wet bestaat niet. Het maakt terdege verschil of we te maken hebben met de verhoging van de strafmaat voor ernstige milieudelicten, het stellen van uniforme beslis-, bezwaar- en beroepstermijnen in de Algemene wet bestuursrecht, het voorkomen van bepaalde persfusies, het scheppen van aanspraken op subsidie voor milieuvriendelijk gedrag of het verplichten tot het gescheiden aanbieden van bepaalde soorten huisvuil. 'Wetgeven' is een intellectuele, creatieve activiteit en niet het mechanisch toepassen van algemene noties inzake wetgeving en wetgevingsbeleid.

3. Toch meen ik dat een beleid inzake de uitoefening van de wetgevende functie — al dan niet neergelegd in aanwijzingen — van betekenis is voor de wetgevende praktijk. Via de uitvoering van een dergelijk beleid kunnen de consistentie en samenhang in de wetgeving, en daarmee in het overheidsbeleid, worden bevorderd. Onnodige verschillen en tegenstellingen in de wetgeving kunnen worden vermeden. Dit betreft zowel het inhoudelijke, beleidsmatige als het juridisch-technische aspect.

Voorts kan de doelmatigheid bij het 'wetgeven' worden bevorderd, indien oplossingen, methodieken en formules — waarvan gebleken is dat ze werken en houdbaar zijn — (geheel of gedeeltelijk) kunnen worden overgenomen. De individuele 'wetgever' behoeft dan niet steeds het wiel opnieuw uit te vinden.

21 De nieuwe *Aanwijzingen voor de regelgeving*, die recent zijn vastgesteld (besluit van de Minister-President van 18 november 1992, *Stcrt.* 230) en op 1 januari 1993 in werking zijn getreden, bieden een actueel en geïntegreerd overzicht van de geldende aanwijzingen voor de wetgever.

In de nieuwe Aanwijzingen voor de regelgeving zijn vele model- en voorbeeldbepalingen opgenomen die als uitgangspunt en hulpmiddel kunnen dienen bij het ontwerpen van wettelijke bepalingen.

4. Bij de ontwikkeling van algemeen wetgevingsbeleid moet het naar mijn overtuiging vooral gaan om de verzameling en bundeling van kennis, inzichten en ervaringen van degenen die zijn betrokken bij het tot stand brengen van wet- en regelgeving. Dit biedt betere mogelijkheden voor het optreden van leereffecten. Beproefde werkwijzen kunnen vervolgens worden uitgedragen en overgedragen. Aldus kan een min of meer algemeen geldend referentiekader groeien voor het tot stand brengen van wet- en regelgeving in de praktijk en de discussie daarover.

5. Het mag duidelijk zijn dat een dergelijk beleid inzake de uitoefening van de wetgevende functie geen onveranderlijk gegeven is. Het is voortdurend in beweging. Al naar gelang de maatschappelijke en bestuurlijke ontwikkelingen, de beschikbaarheid van nieuwe onderzoeksgegevens op het gebied van de wetgeving, de wijzigingen in de communautaire en internationale regelgeving en de jurisprudentie inzake onderwerpen van wet- en regelgeving zullen er in dit beleid veranderingen optreden.

5 Wetgeving en samenleving

STELLING 7

Wetgeving en zelfregulering sluiten elkaar niet uit. Zelfregulering binnen wettelijk kaders — ook wel aangeduid als wettelijk geconditioneerde zelfregulering — past bij een overheid die de eigen verantwoordelijkheid van burgers en maatschappelijke organisaties respecteert en tracht te stimuleren en die selectiever, globaler en afstandelijker wil sturen. Het gebruik van vormen van wettelijk geconditioneerde zelfregulering moet in het bijzonder worden overwogen, indien: beïnvloeding van het gedrag van ‘professionals’ wordt nagestreefd, de belangen van individuen of van een groep niet fundamenteel verschillen van het algemeen belang en (volledige) overheidsregulering niet of slechts zeer moeizaam te controleren en te handhaven is.

TOELICHTING

1. Zelfsturing betekent de spontane ordening en coördinatie van gedrag binnen een bepaalde groep. Overheidssturing tracht dergelijke ordening en coördinatie van gedrag te realiseren door overheidsoptreden. Bij zelfregulering komt de gedragsordening (mede) tot stand via (groeps)regels, zoals een huishoudelijk reglement van een vereniging of een gedragscode. Ruim opgevat houdt zelfregulering in dat aan maatschappelijke organisaties een bepaalde verantwoordelijkheid wordt overgelaten of opgedragen in het kader van de regelgeving zelf of de uitvoering, controle en handhaving daarvan. Van zuivere zelfregulering is sprake indien maatschappelijke organisaties geheel zelf verantwoordelijk zijn voor de regelgeving op een bepaald terrein en tevens voor de uitvoering, controle en handhaving van die regelgeving. Bij pure overheidsregulering berusten alle genoemde verantwoordelijkheden bij organen van de overheid.

2. Met een simpel voorbeeld kan worden geïllustreerd dat wetgeving en zelfregulering elkaar niet uitsluiten en dat combinaties van beide heel wel mogelijk zijn. Indien de wetgever zou bepalen dat artsen werkzaam in een instelling voor gezondheidszorg een gedragscode vaststellen inzake de wederzijdse uitwisseling van informatie en deze code door publikatie openbaar maken, hebben we te maken met een vorm van wettelijk geconditioneerde zelfregulering. De wetgever schrijft immers voor dat er een gedragscode moet komen en dat deze openbaar is, maar laat overigens aan de artsen op instellingsniveau over om de inhoud van een dergelijke code te bepalen. In onze wetgeving treffen we dergelijke vormen van wettelijk geconditioneerde zelfregulering in diverse verschijningsvormen aan, waarbij de nadruk soms ligt op de zelfregulering en in andere gevallen op de overheidsregulering. Voorts moet worden opgemerkt dat regelgeving van overheidswege soms ook in nauwe samenspraak met de betrokkenen wordt opgesteld.²² De inhoud van de regelgeving is dan als het ware voorwerp van onderhandeling.

3. Er zijn diverse overwegingen om bepaalde zaken geheel over te laten aan de zelfregulering van betrokkenen of te kiezen voor wettelijk geconditioneerde zelfregulering in enigerlei vorm. Onderscheid kan worden gemaakt tussen de meer principiële en ideologische motieven enerzijds en de meer

22 Zie ook bij I.C. van der Vlies, Geleidelijke regelgeving, *Openbaar bestuur* 1992, nr. 10, p. 6-11.

praktische motieven anderzijds.²³ In de eerste benadering ligt het accent op de terugtrekkende overheid die meer ruimte moet geven aan de eigen verantwoordelijkheid van burgers en maatschappelijke organisaties. In deze visie moet de overheidsvrije sfeer worden vergroot. Binnen de praktische benadering wordt zelfregulering (binnen wettelijke kaders) beschouwd als een mogelijkheid om doelstellingen van overheidsbeleid (beter) te realiseren door het aanspreken van de eigen verantwoordelijkheid van de betrokkenen. Deze benadering is mede het gevolg van de in de praktijk van het openbaar bestuur geconstateerde overbelasting van de overheid.

4. In het algemeen kenmerkt wettelijk geconditioneerde zelfregulering zich doordat:

- de wetgever zich beperkt tot het stellen van enige (materiële of procedurele) randvoorwaarden;
- burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties een aanzienlijke vrijheid hebben bij de invulling van het wettelijke kader;
- de overheid vervolgens weer een voorname plaats heeft bij de controle op het eindresultaat.

Een aanpak die in de wetgeving in toenemende mate wordt gevolgd, is dat in eerste instantie de ruimte wordt gegeven aan zelfregulering en dat subsidiair de mogelijkheid bestaat tot regelgeving van overheidswege. Als voorbeelden van een dergelijke aanpak kunnen worden genoemd de gedragscodes in de Wet persoonsregistraties²⁴ en de regelingen in het kader van de bestrijding van paracommercialisme in de Drank- en Horecawet.²⁵

23 Vergelijk de dissertatie van J.P. Balkenende, *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties*, Alphen aan den Rijn 1992, p. 265 e.v.

24 De Wet persoonsregistraties biedt de mogelijkheid dat organisaties die representatief zijn voor een bepaalde sector een gedragscode vaststellen, waarin wordt aangegeven op welke wijze in de desbetreffende sector wordt gewaarborgd dat persoonsregistraties zodanig worden aangelegd en gebruikt dat ze voldoen aan de daaraan te stellen eisen (artikel 15). Na een periode van drie jaar kunnen bij algemene maatregel van bestuur voor een bepaalde sector nadere regels worden gesteld (artikel 16). Zie hierover ook bijdrage van B.R. Ziegler-Jung, *Elementen van reflexief recht in de WPR?*, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 131-142.

25 Artikel 3b van de Wet van 24 januari 1991 tot wijziging van de Drank- en Horecawet bepaalt dat de vergunningplicht niet van toepassing is, indien de betrokken rechtspersoon gehouden is uitvoering te geven aan een regeling van die rechtspersoon of van een organisatie waarbij deze is aangesloten inzake de verstrekking van alcoholhoudende dranken met het Bedrijfschap voor het Hotel-, het Restaurant-, het Café- en het Pension- en Kamerverhuurbedrijf en Aanverwante bedrijven. Zie hierover ook de bijdragen van S.R. Formsma, *Paracommercialisme en zelfregulering in de Drank- en Horecawet* en D.W.P. Ruiters, *Zelfregulering in de Drank- en Horecawet*, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout, *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle

5. Als mogelijke voordelen van het gebruik van wettelijk geconditioneerde zelfregulering kunnen worden genoemd:

- de betere aansluiting van de regels op het handelingsperspectief van de betrokkenen;
- de grotere bereidheid tot naleving van de zelf gestelde regels;
- de geringere uitvoeringslasten voor de overheid;
- de nauwere band tussen het nemen van beslissingen en het dragen van de gevolgen daarvan;
- de grotere betrokkenheid van burgers en maatschappelijke organisaties bij het desbetreffende onderwerp, vanwege de toegenomen mogelijkheid om zelf in ruimere mate richting te geven aan het gedrag.

Als mogelijke nadelen zijn te noemen:

- de toenemende macht van de sterkste of de best georganiseerde;
- de daling van het niveau van regulering;
- de beperkte afdwingbaarheid van de (groeps)regels;
- de (soms) onnodige verschillen in regelgeving;
- de toenemende uitvoeringslasten voor burgers en maatschappelijke organisaties.

6. Per geval moet worden bezien op welke wijze in de wet- en regelgeving de aansluiting op maatschappelijke processen het best kan worden gerealiseerd. De toepassing van wettelijk geconditioneerde zelfregulering is een van de mogelijkheden om deze aansluiting te bevorderen. Deze mogelijkheid moet in ieder geval worden overwogen in gevallen, waarin beïnvloeding van het gedrag van 'professionals' wordt nagestreefd (bijvoorbeeld door intercollegiale toetsing in de gezondheidszorg),²⁶ individuele of groepsbelangen en het algemeen belang niet te veel van elkaar verschillen (bijvoorbeeld bij de uitvoering en handhaving van de Wet persoonsregistraties) en in situaties waarin (volledige) overheidsregulering niet of slechts zeer moeizaam te controleren en te handhaven is.

Indien in de wetgeving wordt gekozen voor het gebruik van zelfregulerende mechanismen, kan het gewenst zijn om bepalingen op te nemen die de mogelijke nadelen van het gebruik van zelfregulering beperken of zelfs te niet doen. Daarbij moet worden gedacht aan zaken als:

1992, p. 111-124 en p. 125-129.

26 Vergelijk voor de mogelijkheden van toepassing van wettelijk geconditioneerde zelfregulering bij de regulering van medisch-ethische vraagstukken, S.M.S.M. van de Goor, *Beleid en regelgeving inzake medisch-ethische vraagstukken*, Zwolle 1991, p. 118 e.v.

- het invoeren van risico-aansprakelijkheid voor mogelijk belastend gedrag;
- het mogelijk maken van een collectief actierecht (bijvoorbeeld voor consumentenorganisaties of milieugroeperingen);
- het opnemen van bepalingen inzake openbaarheid (bijvoorbeeld van gedragscodes of protocollen);
- het opnemen van een klachtenregeling.

STELLING 8

Aan een aanzienlijk deel van de wetgeving ligt de gedachte ten grondslag dat in instellingen die voorzieningen aanbieden — bijvoorbeeld op het terrein van het onderwijs en in de gezondheidszorg — sprake dient te zijn van zo gelijk en uniform mogelijke omstandigheden. Dit beperkt de keuzemogelijkheden van de gebruikers van dergelijke voorzieningen en tevens de eigen verantwoordelijkheid van de besturen en directies van de instellingen. De tendens in recente wetsvoorstellen en voornemens tot wetgeving om differentiatie mogelijk te maken en zelfs te stimuleren moet daarom worden toegejuicht.

TOELICHTING

1. De vraag wat goed onderwijs en goede (gezondheids)zorg inhouden, is niet eenvoudig te beantwoorden. Per onderwijssoort en -vorm en per sector van de zorg zal dat in de praktijk ook verschillen. Het is daarom niet goed denkbaar dat de overheid erin zou kunnen slagen om via gedetailleerde voorschriften te bepalen aan welke inhoudelijke eisen het aanbod van onderwijs en zorg moet voldoen. Toch ligt deze gedachte (nog) ten grondslag aan diverse geldende wetten en regelingen op het terrein van het onderwijs en de zorgverlening. Via bijvoorbeeld inrichtingsvoorschriften en erkenningseisen wordt getracht de kwaliteit van het aanbod te verzekeren.

2. Directe en centrale sturing van de kwaliteit van voorzieningen op het terrein van het onderwijs en de zorg via gedetailleerde regelgeving miskent dat het in eerste aanleg de aanbieders van deze voorzieningen zijn die in de dagelijkse praktijk de hoge kwaliteit moeten realiseren. Dit is onder meer afhankelijk van de soort en vorm van onderwijs en zorg en van (wisselende) omgevingsfactoren. Door onderwijsinstellingen en instellingen voor gezondheidszorg meer verantwoordelijkheid en ruimte te bieden om zelf — binnen bepaalde kaders — invulling te geven aan het aanbod kan de

kwaliteit worden bevorderd. Hierdoor zullen in de praktijk (grotere) verschillen ontstaan in de aanbod van het onderwijs en de zorgverlening. Profilerings door bewuste en specifieke keuzes wordt aldus door de overheid mogelijk gemaakt en zelfs gestimuleerd. Dit leidt tot grotere keuzemogelijkheden voor degenen die zijn aangewezen op dergelijke voorzieningen.²⁷

3. In recente wetsvoorstellen en voornemens tot wetgeving is er een tendens om differentiatie mogelijk te maken en zelfs te stimuleren door het vergroten van de eigen verantwoordelijkheid van de instellingen. Ik noem twee voorbeelden: het voorstel van Wet op het hoger onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek (*Kamerstukken II* 1988-1989, 21 073, nrs. 1-3) en het voornemen om te komen tot een nieuwe Wet op de kwaliteit van door instellingen verleende zorg, zoals neergelegd in de nota *Kwaliteit en zorg* (*Kamerstukken II* 1990-1991, 22 113, nr. 2).

4. Het voorstel van Wet hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) beoogt door het vergroten van de mogelijkheden tot zelfregulering voor de onderwijsinstellingen het stelsel van hoger onderwijs beter en slagvaardiger te laten aansluiten op maatschappelijke ontwikkelingen en behoeften. De instellingen krijgen binnen de grens van negen aangegeven sectoren in beginsel de volledige vrijheid om het eigen onderwijs en onderzoek te programmeren.²⁸ Voorts is in de WHW de (eind)verantwoordelijkheid van de overheid voor het bestel neergelegd.

5. In de nota *Kwaliteit en zorg* wordt erkend dat het bestaande stelsel van erkenningseisen voor zorginstellingen in de praktijk onvoldoende effect sorteert. Uitgangspunt in de nota is dat de kwaliteit van de zorgverlening primair de verantwoordelijkheid is van de aanbieders van de voorzieningen. De wetgever zou kunnen volstaan met het stellen van enkele zeer globale eisen inzake verantwoorde zorg en eisen omtrent de aanwezigheid en het functioneren van een intern kwaliteitsbeleid op instellingsniveau. Voorts zou de wet de mogelijkheid moeten bieden om, indien dat in bepaalde sectoren de zelfordening tot onvoldoende resultaten leidt, alsnog bij

27 Zie hierover ook H. Wansink, M'n schoolgeld terug!, *Intermediair* 20 november 1992, p. 11 en 13.

28 Vergelijk de bijdragen van J.P. Scheele, Een zoektocht naar zelfregulering: de WHW en P.J.J. Zoontjens, Wie spreekt er van zelfregulering?, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, p. 87-98 en p. 99-109.

algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen. Het toezicht op de naleving van de wet zou moeten berusten bij het Staatstoezicht.

6. Bij een benadering in de wetgeving die meer ruimte geeft aan de instellingen om zelf keuzes te maken bij het aanbod (van het onderwijs en van de zorgverlening) dient de wetgever wel enige belangrijke randvoorwaarden vast te leggen. Ik denk daarbij aan de volgende zaken:

- het minimum-kwaliteitsniveau van voorzieningen moet worden gegarandeerd (bijvoorbeeld door het stellen van enige inhoudelijke minimum-eisen aan het aanbod en door de uitoefening van de inspectiefunctie door de overheid);
- door regelingen inzake openbaarheid van gegevens (bijvoorbeeld van rapporten van visitatiecommissies en van jaarlijkse rapportages over het functioneren van kwaliteitssystemen) en klachtrecht en rechtsbescherming jegens de instelling moet de positie van de studenten c.q. cliënten in voldoende mate worden gewaarborgd.

6 Wetgeving en politiek

STELLING 9

De aankondiging van een bewindspersoon dat hij of zij een wet voorbereidt en de plaatsing van deze wet in het Staatsblad markeren het begin en het eind van een politiek proces van besluitvorming. De politieke belangstelling voor de daaropvolgende uitvoering van wetgeving en voor wetsevaluatie is betrekkelijk gering.

TOELICHTING

1. Het proces van wetgeving wordt wel beschouwd als een cyclisch proces. In deze visie bestaat het wetgevingsproces uit de volgende fasen: de voorbereiding, de vaststelling, de uitvoering, de evaluatie en de terugkoppeling van de resultaten van de evaluatie van een wet. Het proces van wetgeving eindigt dus niet met de publikatie in het Staatsblad. Eigenlijk begint het dan pas echt.

2. In de praktijk kan worden geconstateerd dat reeds bij de voorbereiding van een wet meer dan in het verleden aandacht wordt gegeven aan aspecten van invoering en uitvoering van de wet. Het betrekken van uitvoerende

en handhavende instanties bij de voorbereiding van een wet komt in toenemende mate voor. Dit geldt ook voor zaken als invoeringsbegeleiding en voorlichting over op stapel staande wetgeving. De Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften — de zogenoemde Lex Mulder — is een voorbeeld van een wet die gefaseerd is ingevoerd. Ook is er in de wetgevingspraktijk een groeiende aandacht voor wetsevaluatie. Uit onderzoek blijkt dat de bevindingen van wetsevaluatief onderzoek in veel gevallen worden benut voor verbeteringen, soms in de regelgeving zelf en vooral ook in de uitvoeringspraktijk.²⁹

3. De in onderdeel 2 van de toelichting bij deze stelling genoemde ontwikkeling moet worden toegejuicht. Vroegtijdige aandacht voor uitvoerings- en handavingsaspecten van wetgeving, goede invoeringsbegeleiding en voorlichting en het verzamelen van gegevens over de effecten van de wet in de praktijk kunnen immers bijdragen aan het verkrijgen van meer zicht op wetgeving en op de wisselwerking tussen wetgeving en processen in de samenleving.

4. De politieke aandacht voor wetgeving spitst zich in de regel toe op de voorbereiding en in het bijzonder op de vaststelling van de wet. De politieke belangstelling voor de uitvoering van wetgeving en voor wetsevaluatie is betrekkelijk gering. De vaste procedures van gemeen overleg tussen regering en Staten-Generaal bij de vaststelling van een wet leiden ertoe dat de vaststelling van wetgeving in feite voortdurend op de politieke agenda staat. Dit geldt niet voor de uitvoering van een wet en voor wetsevaluatie. Slechts incidenteel is daarvoor op de politieke agenda een plaats.

5. Bij de uiteindelijke vaststelling van een wet wordt mede de politieke winst- en verliesrekening — tussen de bewindspersoon en de Kamer(s) en tussen de verschillende fracties — opgemaakt. Referentiepunten daarbij zijn partijprogramma's, regeerakkoorden en gedane uitspraken van bewindspersonen en fractiewoordvoerders. In het bijzonder die uitspraken die veel aandacht hebben gekregen in de publiciteit wegen zwaar. Deze factoren kunnen er overigens toe leiden dat het politieke debat over een wetsvoorstel uiteindelijk gaat om zaken die — door degenen die het op enige afstand volgen — als van ondergeschikt belang worden beschouwd. Zo spitste het debat in de Eerste Kamer over het wetsvoorstel inzake de

29 Zie bij H.B. Winter e.a., *Evaluatie van wetgeving, Terugblik en perspectief*, Deventer 1990.

basisvorming³⁰ zich in laatste instantie toe op de vraag onder welke condities nevenvestigingen van scholengemeenschappen in stand mogen worden gehouden. In het bijzonder ging het om het aantal en de combinatie van componenten (van VBO, MAVO, HAVO en VWO) waaruit een nevenvestiging zou dienen te bestaan.³¹

STELLING 10

De wet wordt beschouwd als de meest vergaande wijze van overheidsinterventie. Daarmee is de wet het symbool van politieke daadkracht. Een bewindspersoon scoort politiek aanzienlijk hoger met een wet die hij of zij in het Staatsblad krijgt dan met de verbetering van de uitvoering van reeds geldende wetgeving.

TOELICHTING

1. In de politiek vindt, hoewel er een tendens is om meer op de maatschappelijke effecten te letten, de afrekening nog steeds in belangrijke mate plaats aan de hand van de productie van beleid en wetgeving. Het stellen van een wet wordt gezien als een teken van politieke daadkracht. Het aantal wetten dat een bewindspersoon in het Staatsblad weet te krijgen, wordt daarom in Den Haag wel gehanteerd als een graadmeter voor het succes van de desbetreffende bewindspersoon.

2. Indien een wet niet of niet onmiddellijk de gewenste effecten heeft, bestaat veelal de neiging om de wet weer aan te passen of om met een geheel nieuwe wet te komen. Dit terwijl de feitelijke problemen niet zelden schuilen in tekortkomingen bij de uitvoering en handhaving van op zichzelf acceptabele wetgeving. Bijvoorbeeld op milieuterrein is het laatste decennium de hoeveelheid wet- en regelgeving aanzienlijk toegenomen.³²

30 Het opschrift van de wet luidt: Wijziging van onder meer de Wet op het voortgezet onderwijs en de Wet op het basisonderwijs in verband met de invoering van basisvorming in het voortgezet onderwijs, de invoering van kerndoelen in het basisonderwijs en het voortgezet onderwijs en de invoering van voorbereidend beroepsonderwijs.

31 Politiek en staatsrechtelijk opzienbarend in het debat was dat Staatssecretaris Wallage van Onderwijs en Wetenschappen de meerderheid van de Eerste Kamer uiteindelijk achter het wetsvoorstel kreeg door toe te zeggen dat hij met voortvarendheid wetswijziging op enkele punten van het aan de orde zijnde voorstel zou bevorderen.

32 Voor de mogelijkheden en beperkingen van een meer marktconforme regulering op dit terrein verwijs ik naar de dissertatie van M.G.W.M. Peeters, *Marktconform milieurecht?*, Zwolle 1992.

Onderzoek wijst uit dat een belangrijk deel van die wetgeving gebreken vertoont in de sfeer van de uitvoering en handhaving.³³

3. De politieke achting voor de wet is een van de oorzaken voor de overregulering. Hierbij moet overigens worden aangetekend dat het voor het realiseren van veel beleidsdoeleinden in de praktijk onvermijdelijk is om tot wetswijziging of tot nieuwe wetgeving over te gaan.

4. Een niet onbelangrijke oorzaak van de veel voorkomende politieke voorkeur voor wetswijziging of nieuwe wetgeving boven de intensivering van de uitvoering en handhaving van bestaande wet- en regelgeving zijn de kosten. Het normeren van gedrag en het toekennen van bevoegdheden door het stellen van een wet kosten als zodanig geen geld. Het intensiveren van de uitvoering en handhaving van bestaande wetgeving daarentegen legt wel degelijk een extra beslag op extra overheidsmiddelen. Voor bijvoorbeeld de controle en het toezicht op de naleving van geldende wet- en regelgeving moeten personele en financiële middelen beschikbaar worden gesteld. Met name in een tijd van budgettaire krapte bij de overheid is dat geen eenvoudige zaak. Toch is het nodig om bij de besluitvorming over nieuwe wetgeving de mogelijkheden van uitvoering en handhaving en de kosten daarvan in de overwegingen te betrekken. Slechts dan geldt: de wet stellen is de wet uitvoeren.

33 Vergelijk de bijdrage van H. Menninga, Centralisatie, decentralisatie en uitvoerbaarheid aan de bundel Ph. Eijlander e.a. (red.), *Milieu als wetgevingsvraagstuk*, Zwolle 1991, p. 29-36. Zie voorts over de handhaving van het milieurecht de artikelen van Th.G. Drupsteen, Samenloop van sancties in het milieurecht en van A.M. Fransen, Een samenloopbericht van het milieufront, in het recente themanummer over samenloop van sancties, *NJB* 1992, p. 1354-1360 en 1377-1378.

Zusammenfassung

1. 'De wet stellen' handelt von Gesetzgebungsthemen. Das Phänomen Gesetzgebung wurde unter verschiedenen Blickwinkeln betrachtet und erläutert: das Gesetz als Rahmen der Kompetenzverteilung, das Gesetz als Ausdruck staatlicher Politik, das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Selbstregulierung und das Gesetz als Ergebnis einer politischen Debatte. Als Ausgangspunkt gilt, daß ein breiter, multidisziplinärer Ansatz bei Gesetzgebungsfragen in Theorie und Praxis geboten ist. Sowohl juristische, verwaltungswissenschaftliche, wirtschaftliche als auch politische Aspekte spielen eine Rolle beim 'Gesetzgeben'. Folgende Problemstellung liegt dieser Studie zugrunde: Welche Gesichtspunkte sind bestimmend bzw. sollen bestimmend sein bei der Behandlung von Gesetzgebungsfragen in Theorie und Praxis und wie verhalten sich diese Gesichtspunkte zueinander?

2. Diese Studie besteht aus sechs Teilen: Gesetzgebung im Bildungs- und Wissenschaftsbereich (Teil I), Gesetzgebung in Ordnung? (Teil II), Gesetzgebung und Verwaltungspolitik (Teil III), Gesetzgebung und Gesellschaft (Teil IV), Gesetzgebung und Politik (Teil V) und Gesetzgebung in Stellung (Teil VI).

3. In Teil I wird auf die Frage eingegangen, was der Bildungs- und Wissenschaftsbereich für die Gesetzgebungspraxis bedeuten können. Unterschieden wurde zwischen Prozeß, Methode und Technik der Gesetzgebung (Kapitel 2). Mehrere Disziplinen können in der Praxis der gesetzgebenden Arbeit hilfreich sein. Das Staatsrecht, die Politikologie und die (Organisations-)Soziologie können zur Kenntnis und zum Verständnis des Ablaufs von Gesetzgebungsprozessen beitragen. Bei der Gesetzgebungsmethode wird das Entwerfen miteinander zusammenhängender, normierender Bestimmungen verschiedenen Typs erörtert. Insbesondere können die Rechts- und Normentheorie Erkenntnisse und Verständnis fördern. Die Gesetzgebungstechnik betrifft die Formulierung und die Präsentation der entworfenen Normeninhalte in einem Gesetzestext. Der linguistische Ansatz ist dabei besonders wichtig.

Gesetze können als Systeme miteinander zusammenhängender Verhaltens- und Kompetenznormen betrachtet werden. Verwaltungsrechtliche Gesetze enthalten in der Praxis oft nur einige Verhaltensnormen. Diese bilden den Kern des Gesetzes. Die übrigen Bestimmungen weisen einen logischen Zusammenhang mit diesen Kernbestimmungen auf. Kompetenznormen bieten die Möglichkeit, neue (allgemeine oder individuelle) Verhaltensnormen aufzustellen. Die Formulierung von Kompetenznormen soll besonders beachtet werden. Genau soll immer überlegt werden: Um welche Kompetenzen soll es sich handeln? Wem soll die Kompetenz zugewiesen werden? Soll die Kompetenz einen fakultativen oder imperativen Charakter haben? Auf welche Weise soll die Kompetenz umschrieben werden und auf welche Weise soll sie materiell und prozedural normiert werden?

4. Teil II geht auf die Verteilung regulierender Kompetenzen ein, in den Niederlanden und anschließend auch in Deutschland und der Schweiz. Die niederländische Situation

wird anhand des Abschlußberichts der Kommission Gesetzgebungsfragen 'Orde in de regelgeving' (Kapitel 4) und des diesbezüglichen Standpunktes des Kabinetts (Kapitel 5) dargelegt. Der Primat des Gesetzgebers (in formalem Sinne) impliziert, daß das Gesetz zumindest die Hauptelemente der Regelung enthält. Auf jeden Fall geht es dabei um die Reichweite und die strukturellen Elemente der Regelung und im Prinzip auch um die wichtigsten dauerhaften Normen. Jede Delegation regulierender Kompetenz soll so konkret und genau wie möglich begrenzt werden. Diese Ausgangspunkte finden sich auch in den neuen Anweisungen für die Regulierung, die am 18. November 1992 vom Ministerpräsidenten erlassen wurden.

Die deutsche Doktrin des Prinzips des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes ist in starkem Maße richtungweisend für die Meinungsbildung über die Verteilung von Kompetenzen in den Niederlanden gewesen. Unter anderem durch die Jurisprudenz des deutschen Bundesverfassungsgerichts hat sich das Lehrstück des Gesetzesvorbehaltes weitgehend herauskristallisiert. Die Wesentlichkeitstheorie, das Gebot der Normenklarheit und die Lehre des Parlamentsvorbehaltes und der Exekutivvorbehalte bieten in Verbindung miteinander einen verfeinerten Rahmen für die Beurteilung der Frage, welche Bestimmungen in das Gesetz selber hineingehören, und welche Elemente der Regelung unter welchen Bedingungen delegiert werden können. In der deutschen und schweizerischen Jurisprudenz läßt sich ein funktional-struktureller Ansatz feststellen. Dieser Ansatz beinhaltet, daß Beschlüsse von Organen gefaßt werden sollen, die dazu angesichts ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise am ehesten in Betracht kommen. Dieser Ansatz stützt die Auffassung, daß für das Niveau der Normierung bestimmend sind: das *Organ*, das die Regeln festgesetzt hat und die Stellung dieses Organs im Staatswesen, die Merkmale des *Verfahrens* bei der Beschlußfassung, durch welche die Regeln zustande gekommen sind und die Art und Herkunft der *Kompetenz*, aufgrund deren die Regeln festgesetzt wurden.

5. Teil III beleuchtet das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Verwaltungspolitik unter verschiedenen Gesichtspunkten. Zunächst wurde anhand der Ergebnisse der parlamentarischen Untersuchung zu den Bausubventionen auf die juristischen und politikologischen Bewertungsmaßstäbe staatlicher Politik eingegangen (Kapitel 7). Im Verwaltungsrecht hat Politik die Bedeutung einer systematischen, konsistenten Beschlußfassung in bezug auf die Ausübung diskretionärer Verwaltungskompetenzen durch Verwaltungsorgane. Der Bewertungsmaßstab ist die Rechtmäßigkeit der Verwaltung. Beim erörterten Ansatz der Politikologie ergibt sich, daß die Bewertung von Politik hauptsächlich in den Kategorien Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit erfolgt. Beide Ansätze sollen sowohl beim Entwurf als bei der Auswertung von Politik und Gesetzgebung in einem ausgewogenen Verhältnis zum Ausdruck kommen.

In der Gesetzgebungspraxis kann - wie aus Kapitel 8 hervorgeht - ein Wandel von Deregulierung zu einer allgemeinen Gesetzgebungspolitik festgestellt werden. Deregulierung hat sich als Thema zu einer verstärkten Hinwendung zu einer allgemeineren Politik erweitert, die auf die Verbesserung der Qualität der Gesetzgebung abzielt. Diese allgemeine Gesetzgebungspolitik setzt sich zum Ziel, richtungweisende Gedanken in bezug auf den Komplex der Qualitätsanforderungen bei der Gesetzgebung zu entwickeln und diese auf dem konkreten Niveau der Gesetzgebungsvorbereitung in die Praxis umzusetzen. Folgende Qualitätsaspekte der Gesetzgebung lassen sich unterscheiden: Rechtmäßigkeit, Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit, Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität,

Ausführbarkeit und Vollstreckbarkeit, gegenseitige Abstimmung und schließlich Einfachheit, Deutlichkeit und Zugänglichkeit. Innerhalb des Gesetzgebungsprozesses sollen genügende 'checks and balances' eingebaut werden, um zu erreichen, daß der Qualität der Gesetzgebung ausreichend Aufmerksamkeit geschenkt wird. Namentlich ist dabei wesentlich, daß an die Gesetzgebung von einer allgemeinen, professionellen Sicht aus herangegangen wird, um so ein ausreichendes Gegengewicht zu einem einseitigen Vorgehen aufgrund spezifischer sektoraler Interessen bilden zu können.

6. In Teil IV wird das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft bei der Gesetzgebung erörtert. In Kapitel 9 wird aus verwaltungswissenschaftlicher und juristischer Sicht auf das Verhältnis zwischen staatlicher Regulierung und Selbstregulierung eingegangen. Es stellt sich heraus, daß Selbstregulierung einen wesentlichen Stellenwert innerhalb einer verwaltungsmäßig und rechtsstaatlich vertretbaren Gesetzgebungspolitik einnehmen kann. Als mögliche Vorteile der Selbstregulierung können genannt werden: die Flexibilität, die Ausführbarkeit und die Bereitschaft zu ihrer Beachtung. Ein zusätzlicher Vorteil der Selbstregulierung ist, daß die Belastung des Gesetzgebers, der Verwaltung und des Richters abnimmt. Nachteile einer 'reinen' Selbstregulierung ergeben sich in Bezug auf: Erkennbarkeit und Deutlichkeit der Regeln, die Kontrolle und Vollstreckung der Regeln und den Rechtsschutz. In der Praxis kommen zahlreiche Mischformen zwischen reiner staatlicher Regulierung und der Selbstregulierung in ihrer reinsten Form vor. Durch die staatliche Regulierung kann der prozedurale und materielle Rahmen gebildet werden, innerhalb dessen Selbstregulierungsformen ihren Platz bekommen können. Wir reden dann von gesetzlich konditionierter Selbstregulierung. Beispiele finden sich im Datenschutzgesetz und im Gesetzentwurf zu medizinischen Experimenten mit Menschen.

In Kapitel 10 steht die Bedeutung des Werkes von Gunther Teubner für die Gesetzgebungspraxis zentral. Das Gedankengut Teubners leistet einen wichtigen Beitrag zur Vertiefung des Verständnisses der Beziehung zwischen der Gesetzgebung und gesellschaftlichen Prozessen. Gesellschaftliche Sektoren wie Gesundheitswesen, Umwelt und Bildung lassen sich nicht einfach mittels Normen verwalten und regulieren. Teubner plädiert für die Anknüpfung des Gesetzgebers an die Selbstordnung dieser gesellschaftlichen Bereiche. Dies ist eine nicht einfache Herausforderung für den Gesetzgeber.

7. Beschlußfassung über Gesetzgebung wird in hohem Maße durch das politisch-verwaltungsmäßige Umfeld beeinflusst, in dem diese Beschlußfassung stattfindet. Die politischen Aspekte der Gesetzgebung wurden in Teil V erörtert. Dabei stellte sich heraus, daß die Politik ihre eigenen Gesetzmäßigkeiten hat. Parteiprogramme und Koalitionsvereinbarungen bilden wichtige Bezugspunkte beim Treffen politischer Entscheidungen in Bezug auf Politik und Gesetzgebung. Das Erreichen eines Kompromisses steht dabei oft im Vordergrund. Das politische Interesse an der Ausführung der Gesetzgebung und an der Bewertung von Gesetzen ist nicht überwältigend. Wohl kann in der Praxis ein wachsendes Interesse für diese Themen festgestellt werden. Dies ist auch nötig, damit die Politik und die Verwaltung sich besser an die gesellschaftliche Wirklichkeit anschließen.

8. Teil VI rundet das Thema ab und bietet die Schlußfolgerungen (Kapitel 12) der Studie. Diese werden in Form von zehn ausführlich erörterten Thesen präsentiert. Auf diese Weise hat dieses letzte Kapitel den Charakter einer zusammenhängenden Betrachtungsweise des Autors in Bezug auf zentrale Themen der Gesetzgebung in Bildung und Wissen-

Zusammenfassung

schaft, Gesetzgebung in Ordnung?, Gesetzgebung und Verwaltungspolitik, Gesetzgebung und Gesellschaft und Gesetzgebung und Politik.

Literatuurlijst

- Aanwijzingen inzake de toetsing van ontwerpen van wet en van algemene maatregel van bestuur*, *Staatscourant* 1985, 18.
- Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving*, *Staatscourant* 1984, 232.
- Aanwijzingen voor de regelgeving*, *Staatscourant* 1992, 230.
- Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek*, *Staatscourant* 1984, 52.
- Achterberg, N., Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz, *Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts*, Schriften zum öffentlichen Recht (386), Berlin 1980.
- Achterberg, N., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1988.
- Addink, G.H., *Afvalstoffenwetgeving en normstelling*, Zwolle 1987.
- Addink, G.H./Steenbergen, J.D.M., Beperkingen van bevoegdheden: een onderzoek van administratieve wetgeving, *Bestuurswetenschappen* 1985, p. 430-442.
- Algemene aanwijzingen voor de rijksdienst betreffende terughoudendheid met planverplichtingen en planprocedures gericht tot lagere overheden*, *Staatscourant* 1987, 218.
- Anderson, J.E., *Public policy-making*, London 1975.
- Andriessen, J.H.T.H./ e.a. (red.), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle 1987.
- Angeren, J.A.M. van, e.a. (red.), *Kracht van wet* (Van Eijkern-bundel), Zwolle 1984.
- Anjou, L.J.M. d', *Actoren en factoren in het wetgevingsproces*, Zwolle 1986.
- Baader, E., Parlamentsvorbehalt, Wesentlichkeitsgrundsatz, Delegationsbefugnis, *Juristenzeitung* 1992, p. 394-401.
- Bachof, O./Forsthoff, E., *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, (Heft 12), Berlin 1954.
- Balkenende, J.P., *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties*, Alphen aan den Rijn 1992.
- Behrend, J., *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens*, Schriften zur Rechtstheorie (65), Berlin 1977.
- Bijloos, A.W.M., verslag van het symposium 'Van overheidsregulering naar zelfregulering', *NJB* 1989, p. 423-425.
- Böckenförde, E.W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin 1981.
- Böhtlingk, F.R., *De rechtsstaat Nederland*, Alphen aan den Rijn 1958.
- Bok, A.J., Delegatie van wetgeving onder voorbehoud, *Bestuurswetenschappen* 1984, p. 162-176.
- Bolt, H./Lubach, D., Over het eindrapport Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Bestuur* 1986, p. 200-203.
- Boon, P.J., *Wetgeving in Nederland*, Zwolle 1986.
- Braam, A. van, *Leerboek bestuurskunde*, Muiderberg 1986.
- Braybrooke, D./Lindblom, Ch.E., *A Strategy of Decision. Policy Evaluation as a social Process*, New York/London 1963/1970.
- Brenninkmeijer, A.F.M., *De toegang tot de rechter*, Zwolle 1987.

- Bressers, I.Th.A./Hoogerwerf, A., Inleiding tot de beleidsevaluatie, in: H.J. Blommestein e.a. (red.), *Handboek beleidsevaluatie*, Alphen aan den Rijn/Brussel 1984, p. 19-34.
- Bressers, J.Th.A./Klok, P.J., Grondslagen voor een instrumententheorie, *Beleidswetenschap* 1987, p. 77-97.
- Burg, F.H. van der, Welke visie is riskanter?, *Bestuurswetenschappen* 1986, p. 503-505.
- Burkens, M.C., *Methodologie van staatsrechtelijke rechtsvergelijking*, Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (nr.19), Deventer 1975.
- Burkens, M.C., De Bondsrepubliek Duitsland, in: L. Prakke en C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het staatsrecht van de landen der Europese Gemeenschappen*, Deventer 1988, p. 113-164.
- Buuren, P.J.J. van, Harmonisatie van wetgeving, in: J.A.M. van Angeren e.a. (red.), *Kracht van wet*, (Van Eijkern-bundel), Zwolle 1984, p. 233-248.
- Buuren, P.J.J. van/Polak, J.E.M., *De rechter en onrechtmatige wetgeving*, Zwolle 1987.
- Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen, *De interveniërende staat*, Tussenbericht, *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 936, nr. 3.
- Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen, *Deregulering van overheidsregelingen*, Eindbericht, *Kamerstukken II* 1983-1984, 17 931, nr. 9.
- Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, *Toetsing wetgevingsprojecten*, Jaarverslag 1987-1988, *Kamerstukken II* 1988-1989, 20 800 hfdst. VI, nr. 13.
- Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, *Toetsing wetgevingsprojecten*, Jaarverslag 1988-1989, *Kamerstukken II* 1989-1990, 21 300 hfdst. VI, nr. 7.
- Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, *Voorontwerp van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht*, 's-Gravenhage 1991.
- Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Interim-rapport*, 's-Gravenhage 1982.
- Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, Eindrapport, 's-Gravenhage 1985.
- Cuysenaar, J.L.H., *Recht in de welvaartsstaat*, Groningen 1959.
- Derksen, W., De werkelijkheid van de terugtred, in: W. Derksen e.a. (red.), *De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, Zwolle 1989, p. 17-31.
- Dinter, G.J. van, Handhaafbaarheid belangrijke kwaliteitseis voor wetgeving, *Staatscourant* 1989, 206, p. 6-7.
- Donner, A.M., *Grondwetsherziening en staatsrecht dogmatiek; Iets over het materieel wetsbegrip*, (paper Staatsrechtconferentie 1981 - niet gepubliceerd).
- Donner, A.M., *Nederlands Bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn 1987.
- Dror, Y., *Public policy-making reexamined*, New York 1968.
- Drupsteen, Th.G., Milieu, in: W. Derksen e.a. (red.), *De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, Zwolle 1989, p. 101-111.
- Drupsteen, Th.G., Samenloop van sancties in het milieurecht, *NJB* 1992, p. 1354-1360.
- Duk, W., De zachte kern van het bestuursrecht, *RM Themis* 1978, p. 564-587.
- Easton, D., *A systems Analysis of political Life*, New York 1965.

- Eberle, C.-E., Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, *Die Öffentliche Verwaltung* 1984, p.485-492.
- Eijlander, Ph., Buitenlandse kroniek, *Bestuurswetenschappen* 1987, p. 281-284.
- Eijlander, Ph., Afwijking en doorbreking van regels, *RegelMaat* 1992, p. 26-28.
- Enschede, Ch.J., *Over de meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels*, Mededelingen van de KNAW, Afdeling Letterkunde, deel 47, no.5, 1984.
- Fleiner-Gerster, Th., *Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrecht*, Zürich 1980.
- Formsma, S.R., Paracommercialisme en zelfregulering in de Drank- en Horecawet, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p.111-124.
- Forsthoff, E. (red.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968.
- Fransen, A.M., Een samenloopbericht van het milieufront, *NJB* 1992, p. 1377-1378.
- Frissen, P.H.A., *De versplinterde staat*, Alphen aan den Rijn 1991.
- Gaay Fortman, W.F. de, (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer 1982.
- Geest, J. van/Ringeling, A., Recht op de vierkante meter, *Bestuurswetenschappen* 1980, p. 191-201.
- Gijssels, J./Hoecke, M. van, *Wat is rechtstheorie?*, Antwerpen 1982.
- Gilhuis, P.C., *Het referendum*, Alphen aan den Rijn 1981.
- Gilhuis, P.C., *Milieurecht op weg naar de jaren negentig*, Zwolle 1989.
- Gilhuis, P.C., Milieuzorg in bedrijven, ook een zorg voor de wetgever?, in: H.A.M. Backx e.a., *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle 1990, p. 45-57.
- Goor, S.M.S.M. van de, *Beleid en regelgeving inzake medisch-ethische vraagstukken*, Zwolle 1991.
- Graaf, Th.C. de/Michiels, F.C.M.A., Over bouwen en vertrouwen. Staats- en bestuursrechtelijke opmerkingen bij het rapport parlementaire enquêtecommissie bouwsubsidies, *NJB* 1988, p. 493-500.
- Groenendaal, J., *Inleiding tot de wetgevingstechniek*, Alphen aan den Rijn 1956.
- Gut-Winterberger, U., *Der Anteil von Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesverwaltung am Rechtssetzungsverfahren*, Zürich 1986.
- Haan, P. de, Zijn subsidieregels algemeen verbindend?, *NRC Handelsblad*, 7 oktober 1987, p. 9.
- Haan, P. de, Enquête-rapport bouwsubsidies gewogen en te licht bevonden, *NJB* 1988, p. 487-492.
- Haan, P. de/Drupsteen, Th.G./Fernhout, R., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat; Deel 1 Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, Deventer 1986.
- Häfelin, U./Haller, W., *Schweizerisch Bundesstaatsrecht*, Zürich 1988.
- Hagoort, G., (red.), *Zelfregulering, een alternatief voor wetgeving?*, verslag van een studieconferentie gehouden op 4 december 1987, Utrecht 1988.
- Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford 1961.
- Heringa, A.W., Grondwet en delegatie, *RegelMaat* 1987, p. 76-81.
- Hertach, R., *Das Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung*, Zürich 1984.

- Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg/Karlsruhe 1980.
- Hill, H., Normkonkretiserende Verwaltungsvorschriften, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1989, p. 401-410.
- Hirsch Ballin, E.M.H., *Publiekrecht en beleid*, Alphen aan den Rijn 1979.
- Hirsch Ballin, E.M.H., De wetenschap van het constitutionele recht: een kleine methodologie, in: C.A.J.M. Kortmann e.a., *Object en methode van de staatrechts-wetenschap* (Staatsrechtconferentie 1982), Nijmegen 1982, p. 64-95.
- Hirsch Ballin, E.M.H., *Vertrouwen op het recht*, Alphen aan den Rijn 1982.
- Hirsch Ballin, E.M.H., Architectuur van wetgeving, in: J.A.M. van Angeren e.a. (red.), *Kracht van wet* (Van Eijkern-bundel), Zwolle 1984, p. 77-96.
- Hirsch Ballin, E.M.H., Het stellen van regels — kwaal, middel en doel, *NJB* 1986, p. 1109-1113.
- Hirsch Ballin, E.M.H., Recht op beleidsregels en beleidsregels als recht, *Ars Aequi* 1986, p. 493-501.
- Hirsch Ballin, E.M.H., De Bondsrepubliek Duitsland, in: L. Prakke en C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het bestuursrecht van de landen der Europese Gemeenschappen*, Deventer 1986, p. 79-144.
- Hirsch Ballin, E.M.H./Moor-van Vugt, A.J.C. de, Doel en middel in het bestuursrecht, *Ars Aequi* 1986, p. 783-790.
- Hirsch Ballin, E.M.H., Object en methode van de wetenschap van het staatsrecht en het bestuursrecht, in: O.W.M. Kamstra e.a. (red.), *Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle 1988, p. 81-99.
- Hirsch Ballin, E.M.H., *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn 1989.
- Hirsch Ballin, E.M.H., Rechtsvorming door wetgeving, Aanzet voor een post-instrumentalistische wetgevingstheorie, *Bouwrecht* 1989, p. 487-494.
- Hirsch Ballin, E.M.H., *Rechtsstaat & beleid*, Zwolle 1991.
- Hoeven, J. van der, De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak, *RM Themis* 1974, p. 658-678.
- Hofferbert, R.I., *The Study of public Policy*, Indianapolis/New York 1974 (1937).
- Hohfeld, L.N., *Fundamental legal concepts as applied in judicial reasoning I* (1913), *II* (1917), Westport 1978 (herdruk).
- Hommès, J./Smit, P.W.M., Milieuconvenanten en de schijn van partnership, *Bestuur* 1989, p. 278-281.
- Hoogerwerf, A., (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn 1978.
- Hoogerwerf, A., Succes en falen van overheidsbeleid in Nederland, in: A. Hoogerwerf (red.), *Succes en falen in overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn 1983, p. 17-40.
- Hoogerwerf, A., Het ontwerpen van overheidsbeleid: Een handleiding met toelichting, *Bestuurswetenschappen* 1984, p. 4-23.
- Hoogerwerf, A., Het beleidsproces, in: A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn 1985, p. 49-69.
- Hoogerwerf, A., Inhoud en typen van beleid, in: A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn 1985, p. 25-48.
- Hoogerwerf, A./Veld-Langeveld, H.M. in 't, Evaluatie van overheidsbeleid, in: A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn 1985, p. 161-179.
- Houten, M.L.P. van, In principe gelijk, *NTB* 1989, p. 140-150.

- Huls, N.J.H., Reflexieve en autopoietische tendensen in de wetgevingspraktijk, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 43-55.
- Jong, H.M. de, *Norm en feit in de gemeente*, Enschede 1988.
- Jue, R.J., *Notabeleid en recht*, Deventer 1982.
- Jue, R.J., Orde in beleidsregels en orde in plannen, *Tijdschrift voor openbaar bestuur* 1986, p. 167-171 en p. 220-223.
- Kabinet Lubbers-Kok, *Zicht op wetgeving, Kamerstukken II* 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2.
- Kabinetstandpunt, *Versterking van de wetgevingsfunctie, Kamerstukken II* 1985-1986, 19 621, nrs. 1 en 2.
- Kabinetstandpunt, *Orde in de regelgeving, Kamerstukken II* 1986-1987, 20 038, nrs. 1 en 2.
- Karpen, U., Zum gegenwertigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1986, p. 5-32.
- Katz, A., *Grundkurs im öffentlichen Recht I*, Staatsrecht, Heidelberg 1983.
- Keller, M., Zum Stand der Gesetzgebungslehre in der Schweiz, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1986, p. 197-221.
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Wenen 1976.
- Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Wenen 1979.
- Klanderman, J.H.M., *Ratio, wetenschap en recht*, Zwolle 1986.
- Knapp, Blaise, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Basel 1983.
- Kolhoop, I. (red.), *Delegatie van wetgevende bevoegdheid*, Alphen aan den Rijn 1992.
- Konijnenbelt, W., Ordnung muss sein: Het eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, *RegelMaat* 1986, p. 42-45.
- Konijnenbelt, W., Het parlement als wetgever, in: M.M. de Boer e.a. (red.), *Gegeven de Grondwet* (CZW-bundel), Deventer 1988, p. 131-143.
- Koopmans, T., De rol van de wetgever, in: H.C.F. Schoordijk e.a., *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle 1970, p. 221-235.
- Koopmans, T., *Compendium van het staatsrecht*, Deventer 1972.
- Koopmans, T., *Vergelijkend publiekrecht*, Deventer 1986.
- Korsten, A.F.A., Wetsevaluatie als onderneming, in: J.H.T.H. Andriessen e.a. (red.), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle 1987, p. 11-27.
- Kortmann, C.A.J.M., Avanti rijp voor de sloop? Wet en recht in artikel 99 RO, *RM Themis* 1987, p. 369-382.
- Kortmann, C.A.J.M., *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer 1987.
- Kosto, A., Complementaire verhoudingen bij de wetgeving, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 19-28.
- Krems, Burkhardt, *Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtsstatsachenforschung (Band 44), Berlin 1979.
- Kreveld, J.H. van, *Beleidsregels in het recht*, Deventer 1983.
- Kreveld, J.H. van, Het verkleinen van de juridische verschillen tussen beleidsregels en daarmee verwante wettelijke voorschriften, in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Staatkundig Jaarboek*, Amsterdam 1985, p. 293-320.

- Kreveld, J.H. van, Bespreking van het rapport contra legem-uitvoering in het sociaal zekerheidsrecht, *RegelMaat* 1986, p. 178-180.
- Kreveld, J.H. van, Commissie en regeringscommissaris voor de toetsing van wetgevingsprojecten. Een nieuwe impuls?, *Bestuurswetenschappen* 1987, p. 517-525.
- Kreveld, J.H. van, Enquêtecommissie en een niet sluitend juridisch betoog, *NRC Handelsblad*, 12 oktober 1987, p. 9.
- Kreveld, J.H. van, De rol van Justitie in het Nederlandse wetgevingsproces, *Justitiële Verkenningen*, nr. 591, juni 1991, p. 66-93.
- Kreveld, J.H. van, Het wetgevingskwartet, *RegelMaat* 1991, p. 35-36.
- Kummeling, H.R.B.M., De Eerste Kamer: Chambre de Révolution?, *NJB* 1990, p. 261-268.
- Kunig, Ph., *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen 1986.
- Kuypers, G., *Beginnelsen van beleidsontwikkeling*, Muiderberg 1980.
- Lemstra, W., Gezwog in het vooronder, Ministeriële verantwoordelijkheid en de organisatorische plaats van de wetgeving bij de ministeries, *NJB* 1989, p. 1679-1681.
- Loth, M.A., *Recht en taal: een kleine methodologie*, Arnhem 1984.
- MacCormick, D.N./Weinberger, O., *Grundlagen der institutionalistischen Rechtspositivismus*, Schriften zur Rechtstheorie (113), Berlin 1985.
- Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 1992.
- Menninga, H., Centralisatie, decentralisatie en uitvoerbaarheid, in: Ph. Eijlander e.a. (red.), *Milieu als wetgevingsvraagstuk*, Zwolle 1991, p. 29-36.
- Mitnick, B.M., *The political Economy of Regulation: creating, designing and removing regulatory forms*, New York 1980.
- Model, O./Müller, K., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar für Studium und Praxis*, Köln/Berlin/Bonn/München 1987.
- Mok, M.R., Rechterlijke toetsing van wetgeving, in: P. Nicolai e.a., *Recht op scherp* (Duk-bundel), Zwolle 1984, p. 55-74.
- Müller, G., *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, Basel/Stuttgart 1979.
- Münch, I. von, *Grundgesetz-Kommentar*, München 1983.
- Noll, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973.
- Nooteboom, A., Actueel aspect van fiscale wetgevingstechniek, *Maandblad belastingbeschouwingen* 1989, p. 88-91.
- Ossenbühl, F., Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: V. Götz e.a. (red.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle* (Göttinger Symposium), München 1985, p. 9-35.
- Ossenbühl, F., Die Quellen des Verwaltungsrechts, in: H.-U. Erichsen en W. Martens (red.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin 1992, p. 101-177.
- Papier, H.-J., Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: V. Götz e.a. (red.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle* (Göttinger Symposium), München 1985, p. 36-67.

- Patton, M.Q., *Utilization-focused Evaluation*, Beverly Hills/London 1978.
- Peeters, M.G.W.M., *Markconform milieurecht?*, Zwolle 1992.
- Peine, F.-J., Gesetz und Verordnung, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1988, p. 121-140.
- Poelje, S.O. van, Wetgevingsleer: van reglementering tot normering, *Bestuurswetenschappen* 1980, p. 178-181.
- Polak, C.H.F., Hulp voor de wetgever, *NJB* 1976, p. 909-913.
- Polak, J.M., Regels voor regelgevers, *NJB* 1985, p. 41-42.
- Polak, J.M., Aanwijzingen voor zelfregulering?, in: J.G. Steenbeek e.a. (red.), *Bestuur en norm*, (Crince Le Roy-bundel), Deventer 1986, p. 213-222.
- Polak, J.M., Over herkomst en resultaten van opdrachten voor wetsevaluatie, in: J.H.T.H. Andriessen e.a. (red.), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle 1987, p. 5-9.
- Polak, J.M./Scheltema, M., *Dient verandering te worden gebracht in de wijze van voorbereiding en totstandkoming van wetgeving?*, Handelingen Nederlandse Juristenvereniging, Zwolle 1979.
- Püttner, G., Gesetzgebung und Exekutivfunktion, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1986, p. 179-184.
- Reuvers, M.R., Een uitglijder van de wetgever?, *Fiscaal Weekblad* 1989, nr. 183, p. 507-510.
- Richtlijnen voor de keuze tussen beroep krachtens de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen en beroep op de Kroon*, *Staatscourant* 1981, 56.
- Rieken, J.G.P., *Bestuur en organisatie in sociale zekerheid en arbeidsvoorziening*, Sociale zekerheidsreeks nr.11, Deventer 1985.
- Ringeling, A.B., *De instrumenten van het beleid*, Alphen aan den Rijn 1983.
- Rosenthal, U., *Bureaupolitiek en bureaupolitisme*, Alphen aan den Rijn 1988.
- Rosenthal, U., Wetgeving in beweging: dominante beelden, in: L.A. Geelhoed e.a., *Wetgeving in beweging*, Zwolle 1991, p. 17-25.
- Ross, A., *Directives and norms*, London/New York 1968.
- Ross, A., *On law and justice*, Berkely/Los Angeles 1974 (1958).
- Ru, H.J. de, *Prijst de wet zich uit de markt?*, Zwolle 1988.
- Ru, H.J. de, *De algemene wet gaat voor de bijzondere wet*. Achtergrondstudies algemeen wetgevingsbeleid, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1993.
- Ruiter, D.W.P., Kloven in het bestuursrecht, *Bestuurswetenschappen* 1978, p. 352-370.
- Ruiter, D.W.P., Van de verstaanbaarheid van de wetten, in: M.C. Burkens e.a. (red.), *Burger en overheid* (Steenbeek-bundel), 's-Gravenhage 1984, p. 200-214.
- Ruiter, D.W.P., Beleidsregels zijn algemeen verbindende voorschriften, *Bestuurswetenschappen* 1986, p. 65-70.
- Ruiter, D.W.P., Normscheppende bepalingen in bestuursrechtelijke wetten, *Bestuurswetenschappen* 1986, p. 260-274.
- Ruiter, D.W.P., Het begrip rechtsnorm, in: J.G. Steenbeek e.a. (red.), *Bestuur en norm* (Crince le Roy-bundel), Deventer 1986, p. 223-233.
- Ruiter, D.W.P., *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Assen/Maastricht 1987.
- Ruiter, D.W.P., Formele relaties binnen wettelijke stelsels, *Bestuurswetenschappen* 1989, p. 198-215.

- Ruiter, D.W.P., Zelfregulering in de Drank- en Horecawet, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout, *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 125-129.
- Sauveplanne, J.G., *De methoden van privaatrechtelijke rechtsvergelijking*, Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (nr.20), Deventer 1975.
- Schaap, L./Twist, M.J.W. van, Eigenaardig recht: reflexief recht of reflexrecht, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 155-168.
- Scheele, J.P., Een zoektocht naar zelfregulering: de WHW, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 87-98.
- Scheltema, M., advies aan de parlementaire enquêtecommissie bouwsubsidies, *Kamerstukken II* 1987-1988, 19.623, nr. 30.
- Schendelen, M.P.C.M. van, (red.), *Kernthema's van de politicologie*, Meppel/Amsterdam, 1984.
- Schneider, Hans, *Gesetzgebung*, Heidelberg 1982.
- Schreuder-Vlasblom, M., De nieuwe Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek, *NJB* 1984, p. 750-756.
- Schreuder-Vlasblom, M., De harde wet en haar zachte kant; enige opmerkingen over hardheidsclausules, *Bestuurswetenschappen* 1987, p. 100-117.
- Sluijs, H. van der, De Tweede Kamer en wetgeving, *RegelMaat* 1986, p. 53-57.
- Snellen, I.Th.M., *Boeiend en geboeid*, Alphen aan den Rijn 1987.
- Snellen, I.Th.M., Wetsevaluatie tussen recht, beleid en politiek, in: J.H.T.H. Andriessen e.a. (red.), *Wetsevaluatie tussen wetenschap en beleid*, Zwolle 1987, p. 49-62.
- Snellen, I.Th.M., Nieuwe vormen van sturing, in: W. Derksen e.a. (red.), *De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, Zwolle 1989, p. 289-304.
- Snellen, I.Th.M., Zelfsturing: politiek alibi of bestuurlijke noodzaak?, in: L.A. Geelhoed e.a., *Wetgeving in beweging*, Zwolle 1991, p. 37-50.
- Staupe, J., *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, Zur 'Wesentlichkeitstheorie' und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht*, Berlin 1985.
- Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, München 1984.
- Struycken, A.A.H., *Verzamelde werken, eerste deel, staatsrechtelijke en administratief-rechtelijke opstellen*, Arnhem 1924.
- Teubner, G.C.M., Substantive and reflexive elements in modern law, *Law & Society Review* 1983, p. 239-285.
- Teubner, G.C.M., Reflexief recht: de kracht van niet-statelijk recht in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 71-84.
- Veerman, G.J., *De lengte van de wetgevingsprocedure*, 's-Gravenhage 1986.
- Veld, R.J. in 't, Planning en democratie, in: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Benaderingen van planning*, 's-Gravenhage 1981, p. 27-58.
- Velden, W.G. van der, Een middel tegen legisferitis: de ontwikkeling van een wetgevingstheorie, *Bestuurswetenschappen* 1980, p. 234-249.
- Velden, W.G. van der, *De ontwikkeling van een wetgevingswetenschap*, Lelystad 1988.
- Vereniging van Nederlandse Gemeenten, *Bestuur per circulaire*, 's-Gravenhage 1985.

-
- Verheij, N., Enquêtecommissie verdient een voldoende voor staatsrecht, *NRC Handelsblad*, 13 oktober 1987, p. 9.
- Vlies, I.C. van der, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, 's-Gravenhage 1984.
- Vlies, I.C. van der, Wetgevingsvraagstukken, *Ars Aequi* 1987, p. 775-780.
- Vlies, I.C. van der, *Handboek Wetgeving*, Zwolle 1991.
- Vlies, I.C. van der, Geleidelijke regelgeving, *Openbaar bestuur* 1992, nr. 10, p. 6-11.
- Vroom, B. de, Zelfregulering, in: W. Derksen e.a. (red.), *De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, Zwolle 1989, p. 267-287.
- Waaldijk, C., Het onbruik van de considerans, *Bestuurswetenschappen* 1984, p. 406-415.
- Wansink, H., M'n schoolgeld terug!, *Intermediair* 20 november 1992, p. 11 en 13.
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rechtshandhaving*, Rapport nr. 35, 's-Gravenhage 1988.
- Wijk, H.D. van/Konijnenbelt, W., *Hoofdstukken van administratiefrecht*, Utrecht 1991.
- Wijnbergen, S.F.L. Baron van, Ministeriële bevoegdheid tot subsidiëren staat vast, *NRC Handelsblad*, 2 november 1987, p. 8.
- Wilthagen, T., Bestaat onze maatschappij uit stuurloze systemen?, *Intermediair* 1991, nr. 48, p. 21.
- Winter, H.B./Scheltema, M./Herweijer, M., *Evaluatie van wetgeving. Terugblik en perspectief*, Deventer 1990.
- Witteveen, W.J., 'Schrijft de wet zichzelf?' in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 57-70.
- Ziegler-Jung, B.R., Elementen van reflexief recht in de WPR?, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 131-142.
- Zijderveld, A.C., De excentrieke universiteit, *NRC Handelsblad*, 2 november 1991, p. 8.
- Zoontjens, P.J.J., Wie spreekt er van zelfregulering?, in: N.J.H. Huls en H.D. Stout (red.), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle 1992, p. 99-109.

Trefwoordenregister

De cijfers achter de trefwoorden verwijzen naar de paginanummering.

Aanwijzingen voor de regelgeving	2, 6, 171, 220, 227, 228
administratieve sancties	166
algemeen wetgevingsbeleid	6, 155, 159-162, 168-172, 199, 227, 228
allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse	105, 109, 122
argumentatieleer	217
Auslegungsrichtlinien	83
ausschließliche Parlamentskompetenzen	87, 101, 123
ausschließliche Gesetzgebung	71
autopoiese	189, 190
Beginsel van het juiste orgaan	58
beleidsinstrumentenleer	132, 146-149
besondere Gewaltverhältnisse	88, 94, 96, 97, 102, 124, 125
Bestimmtheitsgebot	96, 99-100, 103, 125
bestuurlijke handhaving	166
bevoegdheids- of competentienormen	5, 25, 28, 31, 32 33, 89, 90, 218, 219
Bürgerinitiativen	69
Circulaires	39, 41-43, 50, 83
civielrechtelijke sanctionering	184
Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten	2, 64, 65 156, 157, 159, 160, 161, 164, 165, 169, 172, 175, 181, 186, 208, 216
constitutionele toetsing	105, 106, 107, 121, 222
convenanten	183, 216
Deregulering	6, 21, 64, 66, 155-159, 169, 171, 172, 176, 191, 221
Einfache Bundesbeschlüsse	109
Eingriffsverwaltung	44, 46, 87, 90-91, 96, 102, 113, 114, 124, 223
Eingriffsvorbehalt	85, 88, 93, 124
Einspruchsgesetz	78
Ermessensrichtlinien	82, 83
evenredigheidsbeginsel	145, 217
Exekutivvorbehalt	124, 222, 223
Facultatief referendum	104, 107, 108, 109, 121
Freiheits- und Eigentumsklausel	87
functionele keuze van het normstellingsniveau	58, 87

Trefwoordenregister

Gebot der Normenklarheit	99-100, 103, 125, 222, 223
gedragscode	184, 194, 229, 230
gelede normstelling	31, 38, 219
gelijkheidsbeginsel	45, 51, 82, 140, 153
gesetzausführende Verordnungen	111
gesetzergänzende Verordnungen	111
Gesetzesvorbehalt	43, 81, 84-88, 90, 94-96, 100-103, 113, 122, 124
Gewaltenteilungsprinzip	70
grondwettelijk delegatieverbod	59
Hardheidsclausule	49, 51, 52, 53-55, 65, 66, 226
harmonisatie van wetgeving	161, 167
horizonbepaling	55
Ingrijpende besluiten	58, 127
inherente afwijkingsclausule	40, 51, 65
Konkurrierende Gesetzgebung	71
konkurrierende Kompetenzen	108
kwaliteit van wetgeving	155, 159-164, 168, 169-172, 175, 200, 205-207, 211
Leistungsverwaltung	44, 46, 88, 95-97, 102, 113, 116, 124, 125, 223
lump sum-financiering	158
Methode van wetgeving	11, 14-18, 21, 22, 215-217
Normenhierarchie	76, 77, 122
Normenklarheit	99-100, 103, 125, 222, 223
Normenkontrolle	74, 75
Normenstufenbau	68, 76, 83
normentheorie	22
Norminterpretierende Vorschriften	82, 83
normstellingsniveau	76, 78, 82, 84, 87, 103, 107-112, 122, 224
Öffentlichrechtliche verhältnisse	114
Organisatorische Vorschriften	82
Parlamentsvorbehalt	86, 87, 96, 97, 100-101, 113, 115, 123-127, 222, 223
procedurele normering	187
proportionaliteit	163, 164, 167, 168, 172
Rahmengesetzgebung	71
Rechtssatzvorbehalt	87, 113, 115, 123, 124, 126
referendumplichtige besluiten	105
Satzungsautonomie	81, 91-93, 97
Selbstverwaltung	75, 81, 92, 102

Trefwoordenregister

stelselmatig gebruik van een bevoegdheid	139, 140
subsidiariteit	163, 164, 167, 168, 172
subsidiebeleid	45, 61-62, 66, 134, 135, 148, 150, 152, 180
Totalvorbehalt	45, 87, 98, 102, 124
Übertragbare Parlamentskompetenzen	87, 123
Vermittlungsausschuß	78
verplicht wetgevingsreferendum	104
volksinitiatief	121
Vorbehalt des Gesetzes	43, 81, 84-88, 90, 94-96, 100-103, 113, 122, 124
Wesentlichkeitstheorie	58, 88, 93, 96-99, 102, 103, 117, 125, 127, 222, 223
wetgevingsleer	1, 11-14, 76, 103, 112, 131, 216-218
wetgevingsmethode	11, 14-18, 21, 22, 215-217
wetgevingsonderwijs	2, 11, 12, 14, 18, 21, 32, 218
wetgevingsproces	2, 3, 11-14, 18, 21, 22, 104, 109, 110, 161, 170, 177, 194, 203, 204, 207, 208, 215-218, 221, 234
wetgevingsprocesleer	216
wetgevingsreferendum	104
wetgevingstactiek	13, 21, 217
wetgevingstechniek	11, 14, 18-22, 65, 167, 216, 217
wetsevaluatie	208-211, 234, 235
wetsinterpreterende regels	83
wettelijk gestructureerde en geconditioneerde zelfregulering	6, 165, 183, 184-187, 193, 228-231
Zelfregulering	3, 6, 158, 165, 175, 176, 181-188, 191-194, 212, 222, 226, 228-231, 233
zelfstandige algemene maatregel van bestuur	43
Zustimmungsgesetz	72, 78

Verschenen uitgaven van het Schoordijk Instituut in de reeks Centrum voor wetgevingsvraagstukken

Rechtsontwikkeling door wetgeving

M.S. Groenhuijsen en J.A.F. Peters (red.)

Beleid en regelgeving inzake medisch-ethische vraagstukken

S.M.S.M. van de Goor

Wat maakt de wet symbolisch?

W.J. Witteveen, P. van Seters en G. van Roermund (red.)

Milieu als wetgevingsvraagstuk

*Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, M.G.W.M. Peeters, J.A.F. Peters en
W.J.M. Voermans (red.)*

Wetgeving in beweging

*L.A. Geelhoed, E.M.H. Hirsch Ballin, J.M. Polak, U. Rosenthal,
I.Th.M. Snellen en I.C. van der Vlies*

Marktconform milieurecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de
verhandelbaarheid van vervuilingsrechten

Marjan Peeters

Het grondrecht op bescherming van het leefmilieu

Jonathan Verschuuren

De wet stellen. Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving

Ph. Eijlander